

## Institutional Report

Le droit pénal substantiel et l'espace de liberté, de sécurité et de justice, deux ans  
après Lisbonne :

une analyse *de jure condito* et quelques perspectives *de jure condendo*

Ezio Perillo<sup>1</sup>

- I – L'espace de liberté, de sécurité et de justice : véritable emblème de la plus récente action de l'Union européenne vis-à-vis de ses citoyens**
- II – Les réponses des institutions de l'Union à la demande européenne de liberté, de sécurité et de justice**
  - II – 1. *Le Conseil européen***
  - II – 1.2. La protection des droits des citoyens dans la société de l'information**
  - II – 2. *Le Parlement européen et le Conseil***
    - II – 2.1. La querelle institutionnelle sur la notion de « matière pénale »**
  - II – 3. *La Commission européenne***
    - II – 3.1. Les critères de « l'*extrema ratio* » et des « règles minimales »**
  - II – 4. *La Cour de justice et les juridictions nationales***
- III – Le Traité de Lisbonne et le droit pénal : les aspects saillants portant à la création d'un espace unique européen et d'un droit pénal européen**

---

<sup>1</sup> Juge au Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, ancien Directeur (affaires législatives) au Service juridique du Parlement européen. Mes remerciements sincères à Antonio Caiola, chef d'unité au Service juridique du Parlement européen et à mon assistante Elisabeth Piat, qui avec beaucoup de disponibilité a transformé mes indéchiffrables manuscrits en un texte lisible et ordonné. Ma gratitude aussi à mon épouse et à mes deux fils pour la compréhension et la tolérance montrées pendant quelques fins de semaine passées sur ce rapport, dont le contenu n'engage que moi, personnellement et exclusivement.

**IV – La communautarisation du troisième pilier**

**IV – 1.        *Considérations générales***

**IV – 2.        *Les conséquences et les effets de la communautarisation du troisième pilier dans la matière pénale***

**IV – 2.1.        Les différentes procédures législatives de l'Union applicables en matière pénale**

**IV – 2.2.        Le principe de l'effet direct en matière pénale**

**IV – 2.3.        Les aspects limitant la communautarisation du troisième pilier. Le « frein de secours »**

**V – Les nouvelles compétences pénales de l'Union**

**VI – *Nullum crimen europaeum sine lege europea certa et sine iniuria europea***

**VII – Faut-il un nouvel arrêt Van Gend & Loos en matière d'espace unique européen ?**

## **I – L’espace de liberté, de sécurité et de justice : véritable emblème de la plus récente action de l’Union européenne vis-à-vis de ses citoyens**

Il y a une constatation que l’histoire des événements de ces deux dernières années impose à l’attention de tout un chacun : alors que pendant cette période l’Union européenne a connu des moments de grande fragilité politique et institutionnelle dans des secteurs sensibles de son action, comme la stabilité de l’euro ou son rôle sur la scène internationale (notamment dans la région de la Méditerranée et du Moyen-Orient), l’espace de liberté, de sécurité et de justice apparaît en revanche comme un des domaines de l’action de l’Union qui depuis l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne a connu – sur le plan législatif – une progression et une consolidation concrètes, ainsi que – sur un plan plus général – une perception positive, voire de nécessité, de la part des citoyens européens.

Ces derniers ressentent de plus en plus le besoin de l’intervention de l’Union dans les domaines de la prévention et de la répression des « *eurocrimes* » ainsi que dans celui de leur protection individuelle, afin de pouvoir vivre dans une réalité sociale dotée d’un effectif cadre juridique de sécurité et de justice à dimension européenne et, dans cette dimension, pouvoir y circuler tout à fait librement<sup>2</sup>.

Il suffit de penser, à cet égard, à l’histoire récente, devenue parfois un quasi-feuilleton d’État, concernant la « conclusion-non-conclusion » de l’accord SWIFT<sup>3</sup>. Un accord UE/USA qui, juste quelques semaines après l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, a permis de faire connaître aux citoyens de l’Union, comme à ceux de l’autre rive de l’Atlantique, l’importance de leurs droits individuels, lorsque ces droits sont confrontés aux exigences liées à la lutte internationale contre le terrorisme. Aussi, cette affaire aura permis aux gouvernants de l’une et de l’autre partie de l’accord de découvrir le nouveau rôle déterminant du Parlement européen dans la conclusion des accords internationaux relevant de ce domaine. En effet, même dans le cadre de la

---

<sup>2</sup> Voir l’Eurobaromètre 75, printemps 2011, qui place en particulier la lutte contre la criminalité parmi les quatre premiers domaines dans lesquels l’Union devrait concentrer ses initiatives. L’Eurobaromètre 76, automne 2011, sera, en revanche, entièrement bouleversé par la crise de l’euro et par l’impact que cette crise a eu sur les différents secteurs de la société européenne.

<sup>3</sup> Accord entre l’Union européenne et les États-Unis d’Amérique sur le traitement et le transfert des données de messagerie financière de l’Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme, conclu une première fois le 30 novembre 2009 et entré provisoirement en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2010; ensuite, après la non approbation du Parlement européen, cet accord a été renégocié et conclu à nouveau, avec le feu vert du Parlement, le 13 juillet 2010.

coopération internationale concernant la lutte contre le terrorisme, la négociation par l'Union européenne de règles internationales fixant le mode de traitement des données financières à caractère personnel doit se faire dans le respect des droits fondamentaux (la lutte contre le terrorisme n'étant pas une exigence supérieure pouvant, *de jure*, justifier l'inobservance de ces droits) et moyennant l'association opportune et le contrôle effectif de l'instance parlementaire compétente.

Or, contrairement aux craintes mises en avant par certains représentants gouvernementaux et européens, selon lesquels les relations UE/USA auraient connu une forte détérioration politique, le rejet de l'accord SWIFT par le Parlement de l'Union a eu en revanche comme conséquences positives la nette amélioration du nouveau texte de l'accord et le renforcement considérable de la dimension de l'espace de sécurité entre l'Union européenne et les États-Unis, aussi au niveau politique.

Ainsi, depuis l'entrée en vigueur du nouveau Traité de Rome – ce qu'on appelle plus couramment le Traité de Lisbonne – la question principale concernant la mise en place de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, et en particulier de sa dimension pénale, n'est plus celle de savoir dans quelles conditions l'Union européenne a une compétence (indirecte et accessoire) lui permettant « *d'imposer aux États membres – selon la formule de la Cour de justice – l'obligation d'instaurer des ... sanctions (pénales) pour garantir la pleine effectivité des normes* » qu'elle-même a adopté dans ce domaine<sup>4</sup>.

En effet, sur la base des nouvelles dispositions figurant d'abord à l'article 3, paragraphe 2, (*prévention et lutte contre la criminalité*) du Traité de l'Union (ci-après le TUE), ainsi qu'aux articles 83 (*eurocrimes*), 86 (*Parquet européen*) et 325 (*lutte contre la fraude*) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le TFUE), l'Union dispose actuellement, en matière pénale, d'une compétence spécifique et, selon les cas, diversifiée. Une compétence lui permettant d'établir, au niveau européen et avec une portée juridique contraignante, un ensemble de normes donnant lieu à ce qu'en perspective on pourrait appeler le « *système pénal européen* », à savoir un système juridique de nouveau genre, *sui generis*, issu de ses propres sources

---

<sup>4</sup>Arrêt de la Cour de justice du 23 octobre 2007, affaire C-440/05, *Commission/Conseil*, Recueil I-9128, point 58, concernant par ailleurs le domaine spécifique de la protection de l'environnement.

européennes et destiné à s'intégrer, progressivement, dans les systèmes juridiques de droit pénal propres à chaque État membre.<sup>5</sup>

La véritable question, aujourd'hui, est donc autre : comment, par quels moyens et avec quelles garanties de légalité, de contrôle démocratique et de contrôle juridictionnel les institutions européennes, que leur rôle soit politique (le Conseil européen), législatif (le Parlement, le Conseil et la Commission) ou juridictionnel (la Cour de justice), peuvent répondre aux attentes des citoyens de l'Union quant à leur droit de circuler et séjourner librement dans le territoire de l'Union, avec des standards minimum de sécurité et de justice fixés au niveau européen ? Des standards, donc, qui ne soient pas seulement ceux fixés dans le cadre d'une coopération judiciaire inter-étatique fondée sur la reconnaissance mutuelle – qu'il faut bien entendu continuer à renforcer – mais qui fassent en revanche partie d'un véritable système européen de droit pénal matériel<sup>6</sup>.

## II – Les réponses des institutions de l'Union à la demande européenne de liberté, de sécurité et de justice

---

<sup>5</sup> Dans les traditions juridiques de la plupart des États membres, à côté du droit pénal général et spécial, se sont développées, dans le temps, aussi des branches spécifiques du droit pénal, à commencer par le droit pénal militaire, et ensuite le droit pénal financier, le droit pénal tributaire etc. Certes, le droit pénal européen, l'actuel comme le futur, n'est et ne sera pas, *stricto sensu*, une branche spécifique du droit pénal national. L'idée est plutôt celle d'une intégration progressive du premier dans le cadre du deuxième, de sorte que sur l'étagère de l'expert de droit pénal à côté des ouvrages déjà existants puisse s'ajouter aussi le volume sur « *le droit pénal européen* ». Un droit qui est bien sûr en train de se former, sur des « *jeunes* » bases *ad hoc*, comme cela est souvent le cas en droit communautaire, bases qui se renforcent progressivement, dans le cadre d'une évolution sociale et juridique qui se développe plutôt par le bas que par une volonté venant du haut.

<sup>6</sup> Sans pouvoir entrer dans une réflexion approfondie concernant les spécificités et les différences existantes entre le droit pénal national, le droit pénal européen et le droit pénal international, je me limiterai ici à rappeler les mots du Professeur Antonio Cassese, ancien juge et président de la Cour internationale pénale pour l'ex-Yougoslavie, au sujet de cette dernière branche du droit pénal : « *International criminal law (henceforth : ICL) is a body of international rules designed both to prescribe certain categories of conduct (war crimes, crimes against humanity, genocide, torture, aggression, terrorism) and to make those persons who engage in such conduct criminally liable. They consequently either authorize states, or impose upon them the obligation, to prosecute and punish such criminals conducts. ICL also regulates international proceedings before international courts and tribunals, for prosecuting and trying persons accused of such crimes.*

*The first limb of this body makes up substantive law. [...] This whole corpus of rules is premised on the general notion that international legal prescriptions are capable of imposing obligations directly on individuals, without the intermediary of the state wielding authority over such individuals. As the IMT at Nuremberg stated in 1946, "the essence of the [Tribunal's] Charter [i.e. the international treaty establishing the Tribunal and regulating its powers] is that individuals have international duties which transcend the national obligation of obedience imposed by the individual state (Göring and others, at 223). An Indonesian Court echoed this dictum in 2002 by saying that "each individual must comply with international obligations beyond the laws of its nation" (Abilio Soares, at 87), dans International Criminal Law, Oxford University press, 2<sup>nd</sup> edition, 2008, p.3 »*

Dans cette perspective, les réponses de la part des institutions de l'Union aux attentes des citoyens européens ne se feront pas attendre, ni de la part des nouvelles institutions ni de la part des anciennes.

## **II – 1.        *Le Conseil européen***

Le Conseil européen, nouvelle institution politique de l'Union depuis le Traité de Lisbonne, adopta en décembre 2009 le désormais bien connu Programme de Stockholm (2010/C 115/01), une véritable *road map*, couvrant la période 2010-2014 « *pour une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens* » (ce Programme sera d'ailleurs complété par un consistant plan d'action de mise en œuvre présenté par la Commission le 24 mai 2010 COM (2010) 171 final)<sup>7</sup>. La partie de ce Programme relative au droit pénal européen matériel et au droit de la procédure est sans aucun doute importante et significative. On citera, à titre d'exemple, la protection des victimes de violences domestiques ou fondées sur le sexe et réalisées dans un État membre dont les victimes ne sont ni ressortissantes ni résidentes (point 23.4), ou la protection contre la grande criminalité et la criminalité organisée. Avant l'échéance 2014 le Conseil et la Commission ont été ainsi invités à adopter (conjointement ?) une stratégie de lutte contre ces phénomènes en fixant, en particulier « *les priorités en matière de politique pénale en précisant les types de criminalité contre lesquels il faudra lutter* » (point 4.4.1.). Aussi, le Conseil européen rappellera que « *la protection des droits des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales est une valeur fondamentale de l'Union, essentielle pour maintenir la confiance mutuelle entre États membres et la confiance de la population dans l'Union* ». Il invitera dès lors la Commission à présenter des propositions législatives en ce sens (point 2.4). Finalement, dans le chapitre n° 3 de ce Programme, les chefs d'États et de gouvernements indiqueront les priorités et les moyens procéduraux, permettant de « *faciliter la vie des citoyens [dans] une Europe du droit et de la justice* ».

---

<sup>7</sup> La Commission est par ailleurs invitée à présenter au Conseil européen, avant juin 2012, et donc presque en concomitance avec le XXVe Congrès FIDE à Tallin, une évaluation à mi-parcours de la mise en œuvre dudit programme.

## II – 1.2. La protection des droits des citoyens dans la société de l'information

Dans ce Programme de Stockholm, le Conseil européen accordera une attention toute particulière aussi au sujet de la société de l'information, tant sur le plan intérieur de l'Union que sur le plan de la coopération internationale, notamment entre cette dernière et les États-Unis d'Amérique (point 2.5). Le défi – il faut le dire – est énorme : l'Union, si je peux ainsi résumer mon sentiment, *doit protéger mais doit aussi savoir se protéger*. Dans ce contexte, on regrettera néanmoins l'absence – dans ce Programme – de toute référence aux leçons qu'il aurait fallu tirer de l'affaire SWIFT – dont on vient de parler – et de la nécessité de concilier dans la lutte contre le terrorisme (mais également dans la lutte contre la grande criminalité organisée, notamment lorsque elle se fait par le biais de la création ou de l'utilisation de bases informatiques), de concilier – disais-je – les mesures à prendre avec le respect des droits à la protection des données à caractère personnel, à la vie privée et en général le respect de l'ensemble des droits fondamentaux.

D'autres regrets demeurent. Dans ce Programme, le Conseil européen demandera par exemple au Conseil et à la Commission « *de définir (conjointement ?) une stratégie globale de sécurité intérieure de l'Union* » et plus en particulier de « *mettre en œuvre (conjointement ?) une stratégie de l'information pour la sécurité intérieure de l'Union* ».

Cette action, en principe commune, entre le Conseil et la Commission incitera les États membres de l'Union – en se conformant ainsi volontairement à une décision prise quelques semaines auparavant par le Conseil au sujet de ses règles internes de sécurité – à conclure entre eux, le 4 mai 2011, un accord relatif « *à la protection des informations classifiées échangées dans l'intérêt de l'Union européenne* » (2011/C 202/05).

Or, comme l'a observé pertinemment Deirdre Curtin<sup>8</sup>, « *even rules adopted [by the Council] as a matter of the internal organisation of the same institution[s] can lead to the Member States being restricted under their own national law, constitutional or otherwise, and obliged to give primacy to the EU classification rules [established by the Council on its own]. The remarkable point about this process is above all the incremental and barely invisible manner in which it occurs, never at any stage having been openly discussed and debated* ».

Transparence, respect du rôle et des prérogatives du législateur européen, respect des principes de proportionnalité, de sécurité et de confidentialité ainsi que des droits fondamentaux : voici les

---

<sup>8</sup> Voir, Deirdre Curtin, « *Top Secret Europe* », University of Amsterdam, 2011, p.16

éléments de base qui doivent guider l'action des institutions de l'Union dans ce secteur spécifique de l'espace européen.

En définitive, il ne faut jamais perdre de vue que les actes juridiquement contraignants que les institutions de l'Union adoptent à ce sujet, qu'ils soient législatifs ou non législatifs, tout comme les actes de transposition ou d'exécution adoptés en conséquence par les autorités nationales, doivent en tout état de cause garantir le respect de ces principes et de ces critères, sous le contrôle bien entendu des juges nationaux et de la Cour de justice.

## **II – 2.            *Le Parlement européen et le Conseil***

En décembre 2011, alors que le Conseil européen tentait encore une fois de faire sortir l'Union européenne de la crise de l'euro par une mesure hélas non communautaire, à savoir la conclusion d'un accord international établi hors du cadre de l'Union entre un certain nombre d'États membres intéressés, le Parlement européen et le Conseil, en revanche, adoptaient en codécision, c'est à dire la procédure législative désormais ordinaire dans l'ordre législatif de l'Union, la directive « *relative à la décision de protection européenne* », plus connue sous le nom de directive « EPO », d'après l'acronyme de son titre anglais *European Protection Order*.

Dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, l'EPO se présente en effet comme un formidable instrument nouveau et à sa façon innovateur, destiné à la protection des victimes de crimes domestiques ou à connotation sexuelle, lorsque ces victimes se déplacent dans un autre État membre que celui qui leur a octroyé une mesure nationale de protection<sup>9</sup>.

Si, d'une part, la directive en question est la meilleure expression de la volonté du législateur européen d'aller de l'avant vers la réalisation de l'objectif de la protection du citoyen, d'autre part, le processus législatif qui a conduit à l'adoption de cette directive restera emblématique des difficultés, des tensions ainsi que des incompréhensions politiques et juridiques qui existent encore – entre les trois institutions du triangle législatif européen – quant à la conception et à la mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

---

<sup>9</sup> Selon la définition donnée par la directive, à son article 2, l'EPO est « *une décision prise par une autorité judiciaire ou équivalente d'un État membre et ayant trait à une mesure de protection, sur la base de laquelle une autorité judiciaire ou équivalente d'un autre État membre prend toutes mesures appropriées en vertu de son droit national pour assurer une protection ininterrompue de la personne bénéficiant de la mesure de protection* ».



## II – 2.1. La querelle institutionnelle sur la notion de « matière pénale »

Sans vouloir ni pouvoir entrer dans les détails des travaux législatifs qui ont amené à l'adoption de la directive EPO, on signalera ici que les tensions juridiques connues tout au long de son processus législatif concernent des aspects très importants de l'action législative de l'Union dans le domaine de l'espace unique européen, comme la notion de « *matière pénale* » ou le choix de la base juridique appropriée des actes législatifs correspondants.

Les services du Conseil considéraient que la notion de « *matière pénale* » au sens de l'article 82 du TFUE (ainsi que du libellé du chapitre IV de son Titre V, « *coopération judiciaire en matière pénale* »), devait être interprétée de façon « autonome », c'est-à-dire sans référence aux lois nationales et aux systèmes pénaux des États membres. Autrement dit, un comportement humain qui dans un État membre relèverait de l'application de son droit pénal, ne devait pas nécessairement tomber, au niveau européen, dans le champ d'application des articles 82 et suivants du TFUE, tout comme une situation relevant du droit civil national pourrait bien, au niveau européen, faire l'objet d'une mesure ou même d'une définition pénale européenne. À la lumière de cette interprétation autonome et extensive de la notion de « *matière pénale* », la base juridique de l'article 82 était donc suffisante pour permettre l'adoption de l'EPO.

Les services de la Commission étaient, en revanche, de l'avis opposé : pour eux, la notion de « *matière pénale* » relève directement et exclusivement du droit national, et par conséquent, ne pourrait pas avoir une portée européenne autonome. Dès lors, la proposition de directive en question, introduite par ailleurs par douze États membres et non pas par la Commission, devait se limiter à établir, en termes de coopération judiciaire, la coordination nécessaire (i) de mesures *pénales* de protection nationale se rapportant (ii) à des infractions *pénales*, prises (iii) dans le cadre d'une procédure *pénale*. Cependant, une telle perspective aurait pratiquement vidé cette initiative législative d'une bonne partie de sa substance. Dans certains États membres, en effet, ces mesures de protection peuvent être prises par des juridictions civiles ou même par des autorités administratives, alors que dans l'État membre où se déplace la victime, ces mesures ne pourraient être adoptées que par des juridictions pénales ou vice-versa. Quoiqu'il en soit, pour la Commissaire compétente, la proposition initiale de l'EPO, et sa base juridique, n'étaient pas conformes aux dispositions du TFUE.

D'autre part, parmi les Parlements nationaux saisis, dans le cadre du contrôle du principe de subsidiarité de cette proposition de directive, le Bundesrat allemand rendit aussi un avis négatif, allant jusqu'au point de contester directement la position des services du Conseil et leur idée d'une notion « autonome » de matière pénale.

Les services du Parlement européen – quant à eux – étaient de l'opinion que la question du caractère et de la portée de la notion de « *matière pénale* » ne se posait pas en l'espèce, l'EPO étant un instrument juridique nouveau, d'origine et de conception communautaire. En d'autres termes, la nature juridique de la mesure de protection nationale sur laquelle l'EPO allait se greffer, ne lui conférait pas automatiquement le même caractère pénal, civil ou administratif de la mesure nationale qui en était le socle.

Dans ces circonstances, la véritable question était en définitive celle d'identifier, dans les Traités, la base juridique appropriée pouvant justifier la création d'un instrument judiciaire européen qui, tout en étant conçu dans l'esprit d'assurer, à l'échelle territoriale européenne, une protection efficace en faveur des victimes d'un certain type de criminalité, ne rentrait pas exactement dans le cadre d'une reconnaissance mutuelle de décisions nationales. L'EPO, en effet, ne devait pas être considéré comme une mesure judiciaire nationale destinée en tant que telle à être reconnue par la juridiction d'un autre État membre, mais bel et bien une décision européenne, issue par une juridiction nationale. De ce fait, l'article 82 du TFUE, étant limité à la matière pénale, ne pouvait pas, à lui seul, constituer la base juridique appropriée pour la création d'un tel instrument « polyédrique » et « flexible », devant s'adapter aux différentes spécificités procédurales nationales, dans la plupart des cas de droit pénal, mais aussi parfois de droit civil ou administratif. Or, le Traité de Lisbonne venait d'introduire des conditions nouvelles dans la détermination de la base juridique des actes législatifs de l'Union, susceptibles d'innover la précédente jurisprudence de la Cour en la matière : le fait, par exemple, que l'Union européenne est désormais basée sur deux Traités dont les dispositions respectives ont la même valeur juridique ; la « communautarisation » du troisième pilier vers un nouvel, et substantiellement différent, espace de liberté, de sécurité et de justice (voir *infra* le chapitre III) ; l'introduction d'un catalogue de différents types de compétences de l'Union européenne régis par des règles de fonctionnement appropriées à chacune de ces catégories, ou encore la prévision générale d'une procédure législative désormais « ordinaire ». Dans ces circonstances nouvelles, les services de l'Assemblée de l'Union parvinrent à la conclusion que la base juridique de l'EPO pouvait être

composée de l'article 82, paragraphe 1, (d), du TFUE, couvrant précisément le champ d'application majoritaire de l'EPO, à savoir le droit de la procédure pénale, et de l'article 3, paragraphe 2, du TUE, qui prévoit précisément que, dans le cadre de l'espace unique européen, l'Union peut adopter « *des mesures appropriées – et donc pas seulement répressives – en matière... de prévention de la criminalité* ». Et tout ceci, afin d'assurer la protection et la libre circulation des personnes victimes, ou potentiellement victimes, de certains crimes domestiques ou à connotation sexuelle.

Dès lors, dans ce cadre caractérisé par des fortes divergences d'approche entre les services des différentes institutions, la volonté politique du législateur européen de parvenir, « malgré tout », à l'adoption d'un tel instrument européen de protection et de liberté de circulation, fera que la proposition initiale des douze États membres soit considérablement amendée. Maintenant elle porte « *essentiellement* » (?)<sup>10</sup> sur des mesures nationales de protection de nature pénale, la Commission ayant entre-temps, le 18 mai 2011, présenté une proposition de règlement (!), relatif à la reconnaissance mutuelle (!) des mesures nationales de protection de nature civile : et ceci, bien évidemment, dans la perspective de compléter ainsi, au niveau européen, le cadre (pénal et civil) de la protection en question.

La mise en oeuvre de l'EPO par des juges nationaux, les situations factuelles et les problématiques qu'ils seront appelés à examiner, les questions préjudicielles qu'ils soulèveront sans aucun doute à la Cour de justice et l'interprétation que cette dernière donnera à ces questions, nous diront quel sera l'avenir et l'évolution de ce système de protection « binaire », constitué, d'une part, par l'EPO (instrument nouveau d'intégration, européen et pénal), et, d'autre part, par son « confrère » (instrument civil de coopération judiciaire), l'un introduit dans les ordres juridiques nationaux par le biais d'une directive européenne, l'autre opérant, en revanche, en vertu d'un règlement<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Voir dans ce sens, la déclaration du Conseil du 14 décembre 2011, annexée au texte de la directive et relative à l'approche générale concernant la reconnaissance des mesures de protection.

<sup>11</sup> Il est cependant intéressant de signaler que dans le Programme de Stockholm, les chefs d'États et de gouvernement avaient plutôt pensé à un « *instrument juridique global sur la protection des victimes* », et non pas à deux ou trois instruments autonomes et distincts. Suite aux modifications introduites dans la conception originale de l'EPO, le Parlement européen et le Conseil seront en tout cas obligés de préciser, dans le considérant n° 20 de cette directive, ce qui suit : « *étant donné que la nature des autorités (civiles, pénales ou administratives) compétentes pour l'adoption et l'exécution des mesures de protection diffère selon les États membres, il est nécessaire de prévoir une grande souplesse dans le mécanisme de coopération entre les États membres dans le cadre de la présente directive* ». Une indication, certes, très utile mais qui révèle en quelque sorte le malaise provoqué par une situation

En tout état de cause, le cas de la directive EPO méritait – me semble t-il – d’être mentionné ici, car il témoigne de la forte demande d’espace en matière pénale que les citoyens de l’Union sollicitent par l’intermédiaire de leurs différentes instances représentatives, tant au niveau national qu’au niveau européen. Quant aux possibles divergences sur les conditions et les meilleures modalités de réaliser cette attente citoyenne, il faut espérer que la Cour de justice jouera dans ce contexte le rôle fondamental d’intégration et d’orientation qui est le sien, exactement comme elle l’a fait, il y a désormais presque cinquante ans, avec l’arrêt Van Gend & Loos ; lorsqu’elle affirma courageusement – et malgré les nettes divergences d’opinion exprimées au cours de la procédure préjudicielle par les États membres intervenus d’une part et la Commission européenne d’autre part– que la Communauté de l’époque constituait un ordre juridique de nouveau genre – comme pourrait le devenir, *mutatis mutandis*, l’espace européen – et dont les sujets sont non seulement les États membres – et donc leurs autorités publiques – mais également leurs ressortissants.

Grâce à cet arrêt, un nouvel ordre juridique venait donc s’ajouter, de manière intégrante mais autonome, dans l’encadrement constitutionnel de chaque État membre, un ordre juridique qui pouvait attribuer *directement* aux citoyens de ces États des droits et des obligations que les juges nationaux étaient tenus de faire respecter. Les juges nationaux devenaient ainsi, pour la première fois, « les juges communautaires » les plus proches des citoyens.

On verra à la fin de ce rapport ô combien, dans le cadre de l’espace unique européen et en particulier en matière de droit pénal, un nouvel arrêt Van Gend & Loos pourrait se révéler important, précisément pour mieux fonder l’évolution et la mise en place d’un système pénal européen, c’est-à-dire un système juridique de nouveau genre.

### **II – 3.            *La Commission européenne***

Revenons maintenant aux réponses données par les différentes institutions aux attentes citoyennes d’un effectif espace de liberté, de sécurité et de justice. À cet égard, on signalera,

---

juridiquement « *binnaire* », peu claire et peu confortable, tant pour les victimes en recherche de protection que pour les juges censés l’assurer.

parmi les multiples propositions législatives<sup>12</sup> et communications présentées au cours de ces deux dernières années par la Commission européenne, l'institution maîtresse de l'initiative législative européenne aussi en matière d'espace unique européen, la toute récente et importante Communication du 20 septembre 2011 sur « *une politique de l'Union européenne en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'Union européenne au moyen du droit pénal* » (Com (2011) 573 final).

Focalisée essentiellement sur la mise en œuvre de l'article 83, paragraphe 2, du TFUE<sup>13</sup>, et donc sur le rapprochement des dispositions pénales nationales destinées au service d'une efficace protection des valeurs et biens juridiques qui font déjà l'objet de mesures européennes d'harmonisation, cette Communication fait état, encore plus clairement que le Programme de Stockholm (voir pour ce dernier, le point 3.3.1., quatrième alinéa), des critères qui doivent conduire l'action du législateur européen dans l'utilisation du droit pénal à l'échelle européenne. Parmi ces critères, méritent en premier lieu d'être mentionnés ici, en raison de leur caractère

---

<sup>12</sup> Parmi les directives adoptées après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, méritent en particulier d'être rappelées, hormis celle de l'EPO, les directives suivantes: la directive 2010/64/UE du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales; la directive 2011/36/UE du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil; la directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, et finalement la directive du 13 décembre 2011 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (COM(2010)0392).

<sup>13</sup> L'article 83, paragraphes 1 et 2 du TFUE, est ainsi libellé:

« 1. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir **des règles minimales** relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines **de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière** résultant du caractère ou des incidences de ces infractions **ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes**.

*Ces domaines de criminalité sont les suivants: le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée.*

[...]

2. **Lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable** pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, **des directives peuvent établir des règles minimales** relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné. Ces directives sont adoptées selon une procédure législative ordinaire ou spéciale identique à celle utilisée pour l'adoption des mesures d'harmonisation en question, sans préjudice de l'article 76 » (souligné par moi).

horizontal valable dans tout domaine de l'action européenne, le critère de « *l'extrema ratio* », d'une part, et celui des « *règles minimales* », d'autre part.

### II – 3.1. Les critères de « *l'extrema ratio* » et des « *règles minimales* »

La condition de *l'extrema ratio* impose qu'au niveau européen le droit pénal soit utilisé exclusivement comme mesure de dernier ressort. Ce critère va donc bien au-delà du champ d'application du principe général de subsidiarité, car il doit s'appliquer dans l'adoption de normes pénales relevant non seulement des domaines de compétence partagée de l'Union, comme l'indique clairement le libellé de l'article 83, paragraphe 2 du TFUE («... *domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation* »), mais relevant également des domaines de compétence exclusive de l'Union et en général de tout domaine d'action de celle-ci (dans la lutte contre la fraude, par exemple, même si formellement ce domaine ne rentre dans aucune des quatre catégories de compétence de l'Union). D'autre part, *l'extrema ratio*, de par sa nature, intègre inévitablement le respect du principe général de proportionnalité, tant en ce qui concerne la portée de l'action législative de l'Union (voir l'article 5, paragraphe 4, TUE)<sup>14</sup>, que pour ce qui concerne la nature et le contenu des sanctions que l'on peut envisager (voir article 49, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux)<sup>15</sup>.

En termes de technique législative, ces deux critères imposent, en revanche, à l'action du législateur européen les deux limitations suivantes : en premier lieu celle de pouvoir adopter seulement des « *règles minimales* », limitées « *à la définition des infractions pénales* (« eurocrimes ») *et de sanctions* » (« eurosanctions ») ; et, en second lieu, la limitation de pouvoir le faire exclusivement quand cela s'avère « *indispensable* » pour assurer – tant dans le domaine de la criminalité « européenne » particulièrement grave (paragraphe 1) que dans les domaines déjà harmonisés des autres politiques de l'Union (paragraphe 2) – la mise en œuvre efficace de la correspondante action de l'Union.

Sur le plan spécifique des sanctions pénales, les critères de *l'extrema ratio* et des *règles minimales* obligent d'ailleurs le législateur européen à examiner si des mesures autres que celles

---

<sup>14</sup> Cet article dispose ce qui suit: « *En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des Traités* », parmi lesquels figure précisément l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

<sup>15</sup> Cet article est ainsi libellé: « *L'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction* ».

de nature pénale, comme les sanctions administratives ou civiles, pourraient se révéler suffisantes et satisfaisantes pour assurer la nécessaire protection du bien juridique ou de la valeur civique objet de l'acte législatif européen.

Dès lors, une scrupuleuse analyse préalable d'impact s'impose nécessairement à cet égard. En effet, ces mesures peuvent parfois se révéler meilleures et plus rapides à adopter qu'une sanction pénale. Autrement dit, le caractère dissuasif et éducatif d'une sanction n'est pas toujours la prérogative exclusive de la répression pénale.

Encore, lorsqu'il s'agit de la définition des sanctions dans le cadre du paragraphe 2 de l'article 83 du TFUE (domaines déjà harmonisés), le critère limitatif des *règles minimales* est ultérieurement conditionné par ce qu'on pourrait appeler « la dimension et l'importance sociale » que chaque État membre reconnaît à la matière relevant du domaine de l'action de l'Union. L'environnement, par exemple, ou la sécurité routière peuvent connaître des exigences de protection efficace et dissuasive qui varient considérablement d'un État membre à l'autre. De ce fait, le législateur européen sera tenu de laisser un large pouvoir d'appréciation à chaque législateur national, de sorte que lors de la mise en oeuvre des *règles minimales* européennes relative aux sanctions, il puisse « mesurer » l'impact de celles-ci dans sa propre société civile, et aussi aux juges de le faire, lorsqu'ils les appliqueront au cas par cas.

En d'autres termes, la définition des éléments constitutifs du crime à l'échelle européenne doit nécessairement demeurer « *subsidaire* » – et confiée donc à la seule responsabilité de l'Union –, alors que la définition des règles fixant les sanctions correspondantes reste « *subsidaire* » en ce qui concerne le « *minimum* » de la peine, mais elle est en revanche remise à l'appréciation de chaque législateur national en ce qui concerne son niveau maximal.

Ceci dit, la notion de *règles minimales* appelle encore quelque considération spécifique : en effet, cette notion n'apparaît pas si escomptée comme on pourrait le croire à première vue, notamment par rapport à des règles européennes qui, adoptées en général par le biais de directives, doivent dès lors être mises en oeuvre aux bons soins des États membres.

Que veut dire « *minimales* » ? Et quelle serait la portée de ces règles ?

Quant à la portée, il convient de rappeler que le prédécesseur de l'article 83, paragraphes 1 et 2, du TFUE, à savoir l'article 31 du Traité d'Amsterdam, était, à cet égard, aussi ambigu que les nouvelles dispositions lisbonniennes ; en revanche, il était plus clair quant au contenu de celles-ci. Selon son libellé, le Conseil pouvait, en effet, « *adopter progressivement des mesures instaurant des*

*règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables...*» (souligné par moi).

L'ancienne formule (TCE), se référant précisément à la détermination des « *éléments constitutifs* » des crimes, apparaît donc plus précise que l'actuelle (TFUE), qui porte génériquement sur la « *définition* » des infractions pénales; et je dirais que c'est dans l'acception de la première formule (TCE) qu'il conviendrait d'interpréter le sens de la deuxième (TFUE).

Dans cette perspective, il devrait s'ensuivre que le contenu minimal des règles européennes correspondrait, en définitive, à une « *harmonisation maximale* », pour utiliser l'expression employée par le Professeur Klip<sup>16</sup> : une « *définition* », donc qui, quant à sa portée, ne laisserait aux États membres aucun pouvoir de discrétion lors de la mise en œuvre des directives correspondantes.

La question, comme on le voit, n'est pas si simple.

En fait, il y a lieu d'observer, en premier lieu, que le Traité de Lisbonne introduit une nette distinction entre la compétence pénale européenne telle que décrite à l'article 83, paragraphe 1, du TFUE (détermination des éléments constitutifs des onze eurocrimes, énumérés un par un au premier alinéa de ce paragraphe) et la compétence du paragraphe 2 (détermination des éléments constitutifs d'infractions pénales, dans les limites cependant du rapprochement des dispositions pénales déjà existantes à cet égard dans les États membres ; voir, aussi la note de bas de page n°13). D'où, la difficulté d'interpréter une notion de *règles minimales* qui est commune à deux terrains de l'action européenne nettement différents dans leurs contenu et but respectifs.

Or, la notion de *règles minimales* employée au même titre dans ces deux cas distincts de compétence pénale européenne, se présente, à mon avis, comme un « caméléon » juridique. Ainsi, la couleur de sa portée normative change d'intensité ou de teinte selon la couleur du terrain législatif dans lequel est placé notre « petit animal » allégorique.

Dans le cadre du premier paragraphe de cet article, les *règles minimales* relatives à la détermination des éléments constitutifs des eurocrimes énumérées à son premier alinéa ne peuvent qu'être autonomes et unitaires, en quelque sorte self-executing et donc censés avoir dans l'ordre juridique pénal de chaque État membre exactement la même couleur. Dans ces onze cas spécifiques de criminalité européenne, le législateur européen, donc, n'harmonise pas nécessairement les règles européennes sur la base du plus petit dénominateur commun des règles

---

<sup>16</sup> Voir, A. Klip, « *Towards a general part of Criminal Law for the European Union* », dans « *Substantive Criminal Law of the European Union* », Maklu 2011, p.25.



pénales nationales déjà existantes, mais discipline en revanche – à l'échelle de l'Union –, des nouvelles catégories criminelles, dans le strict respect – bien entendu – des conditions législatives nécessaires pour garantir la pleine observance du principe « *nullum crimen europaeum sine lege europea certa* ».

Aussi, la création de telles catégories criminelles communes doit se faire, à la fois, dans le respect des conditions spécifiques prévues par l'article 83, paragraphe 1, du TFUE (il doit s'agir, en définitive, de comportements caractérisés par (i) une gravité particulière, (ii) ayant une dimension transfrontière et (iii) qu'il est nécessaire de « *combattre sur des bases communes* »)<sup>17</sup>, ainsi que dans le contexte des conditions générales établies par l'article 67 du TFUE, à savoir le respect des droits fondamentaux et, dans toute la mesure du possible, des différents « *traditions et systèmes juridiques des États membres* ». Et, en amont, une telle création juridique pourra se faire seulement dans le respect du principe de subsidiarité et de l'*extrema ratio* tel que assurés par le contrôle attentif des Parlements nationaux (article 69, TFUE).

En définitive, les *règles minimales* concernant la définition des eurocrimes deviennent forcément des *règles maximales*, à savoir des règles fixant impérativement les éléments constitutifs de ces crimes et qui de par leur nature ne peuvent laisser aux États membres appelés à les transposer et aux juges nationaux obligés de les appliquer aucune marge de discrétion. Dans ces conditions, et pour ces raisons, le respect du principe de légalité s'impose obligatoirement et sans exception.

Par conséquent, du point de vue de l'origine et de la nature de l'acte législatif européen fixant les règles minimales des eurocrimes, le législateur européen se trouve déjà, depuis Lisbonne, nécessairement confronté à un phénomène nouveau : la survenance d'une catégorie particulière de directives européennes, la catégorie des directives « *en matière pénale* » qui, dans le cadre de la mise en place de l'espace unique européen, fixent directement les éléments constitutifs de chaque eurocrime et qui indiquent les sanctions minimales correspondantes. Pour ces directives spéciales, il est dès lors nécessaire de prévoir – pour garantir le respect ponctuel du

---

<sup>17</sup> On pourrait d'ailleurs s'interroger sur le contenu et la portée aussi de chacune de ces notions de *gravité particulière*, de *dimension transfrontière* et de *lutte sur des bases communes*. Par exemple, quand ces conditions peuvent-elles être considérées, sur le plan juridique, valablement remplies ? Et comment ? Or, dans ces domaines, il me paraît difficile d'établir des critères généraux de base ou encore plus des tests de conformité valables dans tous les cas de figure. Il appartiendra surtout à la Commission et au législateur européen d'apprécier, au cas par cas et par rapport au contenu et aux objectifs de l'acte à adopter, la substance et la portée de ces conditions, en motivant cette évaluation de façon adéquate et transparente, à la lumière aussi d'une indispensable analyse d'impact.

principe de légalité – des conditions d’adoption spécifiques, telles que la pleine transparence de travaux législatifs préparatoires (en principe pas de « *trilogues informels* », par exemple, entre le Parlement, le Conseil et la Commission au cours desquels, assez souvent, on modifie substantiellement le texte de la proposition législative, sans que l’on sache clairement les raisons) et aussi le strict respect des formes *ad hoc* de rédaction et de publication de ces actes (dans le Journal Officiel de l’Union mais aussi, contextuellement, dans les Journaux officiels des États membres), ainsi que des conditions de mise en œuvre<sup>18</sup>.

Par contre, lorsqu’on déplace notre caméléon juridique (« *les règles minimales* ») sur le terrain de l’article 83, paragraphe 2, du TFUE (celui du rapprochement des législations nationales), son « intensité chromatique » européenne se réduit significativement. Sur ce terrain, en effet, *l’intensité* de la couleur des règles minimales européennes peut ou doit être variable, en fonction des circonstances de l’espèce, par exemple par rapport à la dimension territoriale et au niveau de la population de chaque État membre (la situation de l’Allemagne par exemple, le plus grand et peuplé État membre au centre du territoire de l’Union, ne pourrait pas être comparable à celle, décentralisée et insulaire de la petite Chypre) et/ou à l’importance de son « relevant market », ainsi qu’au niveau de la capacité « offensive » des organisations criminelles agissant dans chacun de ces marchés<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Ces mêmes conditions *ad hoc* devraient d’ailleurs s’appliquer, à plus forte raison, dans le cas du règlement fixant, *ex* article 86, paragraphes 1 et 2 du TFUE, le statut et les modalités de fonctionnement du Parquet européen mais aussi les éléments constitutifs des « *infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l’Union* », dont les auteurs et les complices doivent être recherchés, poursuivis et renvoyés en jugement par ce dernier devant les juridictions nationales compétentes (voir aussi, *infra*, le chapitre V). Dans le cas de ce règlement, en effet, les dispositions en question sont en principe directement applicables dès son entrée en vigueur.

<sup>19</sup> Voir, à cet égard, A. Huet, *Droit pénal, Répertoire communautaire Dalloz*, Septembre 2010, point 51, qui attire toutefois l’attention sur « *le risque que la violation des normes communautaires ne soit pas sanctionnée partout de la même manière et qu’apparaissent ainsi des « États-refuges », ce qui pourrait fausser la concurrence entre les opérateurs économiques de l’Union européenne* ». Dans le cas de directives *ex* article 83, paragraphe 2 du TFUE, ce risque, tout à fait possible, ne semble pas, cependant, d’une portée particulièrement dirimante, par rapport notamment au choix qui, dans ces situations, doit être reconnu, aux législateurs nationaux en ce qui concerne le niveau maximal des peines qui doivent, le cas échéant, être infligées. Différente est en revanche la situation par rapport à la définition des infractions et des sanctions dans le domaine de la criminalité européenne telle que prévue au paragraphe 1 de cet article, et encore plus lorsqu’il s’agit du champ d’action du Parquet européen (article 86, paragraphe 2), et dont les règles devraient être par contre, dans chaque État membre, les plus harmonisées, voire identiques que possible. Voir, *infra*, sous le chapitre V.

## II – 4. *La Cour de justice et les juridictions nationales*

L'article 19 du Traité de Lisbonne précise – et il s'agit là aussi d'une nouveauté – que les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une « *protection juridictionnelle effective* » dans les domaines couverts par le droit de l'Union.

D'autre part, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union – dont la valeur juridique est désormais égale à celle des dispositions des Traités (voir article 6 TUE) – précise que « *toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un Tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article* »<sup>20</sup>.

Il va de soi que le principe de « *la protection juridictionnelle effective* » s'applique, tout naturellement, aussi aux droits et aux libertés garantis par les dispositions concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice (tant par rapport à son volet interne que par rapport à son volet extérieur; voir ci-après le chapitre III), en particulier celles concernant plus spécifiquement la matière pénale.

La coopération judiciaire entre la Cour de justice et les juridictions nationales deviendra ainsi, dans ce domaine spécifique, primordiale pour les juges nationaux et capitale pour les juges du Kirchberg. La Cour de justice sera appelée à gagner, encore davantage, la confiance des juridictions pénales nationales (aussi en termes de « *rapidité raisonnable* » de la réponse<sup>21</sup>), au fur et à mesure que celles-ci seront tenues d'appliquer les règles des nouvelles directives post-Lisbonne en matière pénale, avec toutes les implications découlant des principes de la primauté et, le cas échéant, de l'effet direct, par rapport au droit national éventuellement incompatible avec ces directives et/ou avec les pertinentes dispositions des Traités et de la Charte.

Comment alors ne pas rappeler, à cet égard, l'intensité des mots utilisés par la Cour de justice dans son récent avis 1/09 du 8 mars 2011 : des mots qui, en effet, vont bien au-delà de la matière objet de l'avis, qui était la compatibilité avec le droit européen d'une nouvelle juridiction

---

<sup>20</sup> Ces conditions étant celles d'un procès équitable, public, qui se conclut dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial.

<sup>21</sup> Voir, à cet égard, la disposition de l'article 267 du TFUE, quatrième alinéa, qui, en matière de renvoi préjudiciel, précise exactement ce qui suit : « *Si une telle question est soulevée dans une affaire devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans le plus bref délai* » ; ce qui a donné lieu à une utilisation spécifique de la bien connue Procédure Préjudicielle d'Urgence (PPU), que la Cour de justice gère d'ailleurs de façon très efficace (voir le rapport transmis le 31 janvier 2012 par la Cour de justice au Conseil et concernant précisément la mise en oeuvre de la procédure préjudicielle d'urgence, pendant la période mars 2008/octobre 2011, et dans lequel on fait état du fait que jusqu'à présent « *aucune procédure [préjudicielle d'urgence] a dépassé la durée de trois mois* » (Conseil 6140/12, Jur 56).

non-communautaire sur le futur brevet de l'Union. Il « *incombe aux juridictions nationales et à la Cour – dira cette dernière - de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tiennent dudit droit [...]; en effet le juge national remplit en collaboration avec la Cour une fonction qui leur est attribuée en commun en vue d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités...* » (points 68 et 69).

Dans ce contexte de coopération judiciaire « *verticale* » et dans ce climat de « *mutual trust* » entre la Cour de justice et les juridictions nationales, très prometteur d'ailleurs pour l'évolution du système pénal européen, vient en premier lieu en considération l'arrêt rendu le 22 juin 2010 par la juridiction de l'Union, sur renvoi préjudiciel de la Cour de cassation française, dans les affaires Melki-Abdeli, C-188/10 et C-189/10. Les juges du Kirchberg rappelleront à ce sujet, que l'article 267 du TFUE, en matière de renvoi, « *s'oppose à une législation d'un État membre qu'instaure une procédure incidente de constitutionnalité des lois nationales [dans le cas d'espèce des dispositions du code de procédure pénale français] pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale [concernée] ... que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, à toutes les juridictions nationales d'exercer leur faculté ou satisfaire à leur obligation de saisir la Cour des questions préjudicielles* ».

Les législateurs nationaux en matière pénale sont donc bien avisés, ainsi que «les juges communautaires» de leurs ordres juridiques respectifs, quant à la portée et à l'application du droit pénal européen par rapport au droit pénal national incompatible.

À cet arrêt fera en quelque sorte écho, un an après, une décision aussi très importante de la Cour constitutionnelle italienne (arrêt n°80/2011, du 7 mars 2011) ; un arrêt concernant la compatibilité entre, d'une part, une norme nationale permettant l'adoption de mesures pénales de prévention sans une audience publique spécifique et, d'autre part, les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), en particulier son article 6, paragraphe 1.

La Cour de cassation pénale italienne demandait à son juge constitutionnel si le Traité de Lisbonne, par le biais de l'article 6, paragraphe 3, du TUE qui intègre désormais dans le droit de l'Union, « *en tant que principes généraux* », les droits fondamentaux garantis par ladite Convention de Rome, avait en quelque sorte « communautarisé » les dispositions de celle-ci, en leur

conférant ainsi la prérogative communautaire de la primauté, avec la conséquence de rendre inapplicable une règle nationale incompatible avec la CEDH.

La Cour constitutionnelle de Rome répondra clairement par la négative : le droit issu de la CEDH n'a ni le même statut ni les mêmes effets des dispositions relevant de l'ordre juridique communautaire. Par conséquent, avant de pouvoir écarter l'application d'une norme nationale estimée incompatible avec les dispositions de la CEDH, les juges de la péninsule doivent saisir, préjudiciellement, leur Cour constitutionnelle, en soulevant la question correspondante de légitimité de cette norme.

À cette occasion, la *Consulta* spécifiera également – et c'est ici l'importance de cet arrêt sur le plan communautaire – comment faut-il interpréter la condition préalable nécessaire pour que le juge italien soit tenu d'appliquer, dans un cas donné, les dispositions pertinentes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Celle-ci, en effet, différemment de la CEDH a, dans l'ordre juridique de l'Union, la valeur juridique des Traités fondateurs.

Or, l'article 51, paragraphe 1, de la Charte précise que les dispositions de celle-ci s'adressent aux États membres « *uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* ».

Que veut dire, au juste, pour les juges nationaux, la formule « *mettent en œuvre le droit de l'Union* » ?<sup>22</sup> Selon les juges constitutionnels italiens, pour appliquer les dispositions de la Charte il est indispensable que la situation factuelle soumise à l'examen du juge concerné (en l'espèce une situation relevant de la matière pénale) soit « *inhérent[e] à des actes de l'Union* » ou, à l'inverse pour pouvoir exclure l'application de la Charte, n'ait « *aucun lien avec ce droit* » de l'Union.

Le respect des droits fondamentaux de l'Union s'impose donc dans tous les cas où le droit national interne, même si ne constitue pas la ponctuelle mise en œuvre ou la simple exécution (voir article 291, paragraphe 1, TFUE) d'une source de droit communautaire, produit néanmoins ses effets dans un domaine soit de compétence exclusive de l'Union soit ayant déjà fait l'objet d'une mesure législative européenne<sup>23</sup>. En définitive, il suffit qu'il y ait un « *élément de rattachement* » substantiel avec le droit de l'Union ou un « *élément d'impact direct* » dans ce

---

<sup>22</sup> En effet, *ndr.*, les explications relatives à la Charte, qui se trouvent annexées à celle-ci, ne sont pas sur ce point particulièrement clarifiantes.

<sup>23</sup> Voir, dans ce sens, G. Grasso, « *La competenza penale* » dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona, dans « *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona* », Giuffrè, 2011, p. 690.

dernier, pour permettre au juge national, voire l'obliger, d'assurer le respect des droits fondamentaux énumérés par la Charte de l'Union.

Et dans ce sens s'est d'ailleurs récemment exprimée aussi la Cour de justice, dans deux ordonnances respectivement dans les affaires C-339/10 du 12 novembre 2010 et C-457/09 du 1<sup>er</sup> mars 2011<sup>24</sup>.

Finalement, et toujours au sujet des contributions qui ont été données à ce sujet par les juges constitutionnels nationaux, on ne peut pas ne pas rappeler – même s'il a été prononcé avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne – l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 30 juin 2009. « *The Treaty of Lisbon – dira la Cour de Karlsruhe – considerably extends the European's Union competences in the area of the administration of criminal law* ». En particulier, « *the European Union is granted powers to establish « minimum rules » concerning the definition of criminal offences and sanctions in the area of « particular serious » crimes which have a cross-border dimension (article 83, paragraphe 1, TFUE)* ». Cette importante admission faite, la Cour allemande précisera, néanmoins, que les compétences de l'Union dans une matière pénale européenne ainsi élargie « *must be interpreted – et je dirais aussi exercées – in a way that complies with the requirements of the principle of guilt. Criminal law is based on the principle of guilt* » (point 364 de l'arrêt).

La référence spécifique faite ici au principe de culpabilité devrait être interprétée, à mon sens, comme un renvoi général à tous les principes de garantie propres à toute forme de système de droit pénal. En effet, comme le rappelle à juste titre la Cour suprême allemande elle-même : « *by criminal law, a legal community gives itself a code of conduct that is anchored in its values, whose violation is, according to the shared convictions on law, regarded as so grievous and unacceptable for social existence in the community that it requires punishment* ».

Or, l'article 6, paragraphe 3, du Traité de l'Union ainsi que la Charte des droits fondamentaux répondent largement – me semble-t-il – à cette exigence, en ce que le principe de la présomption d'innocence et des droits de la défense (article 48 de la Charte) ainsi que ceux de légalité et de

---

<sup>24</sup> À bien voir, la Cour de justice avait déjà entériné un tel critère, avant même l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Dans l'arrêt préjudiciel du 3 mai 2007 (affaire C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*) elle avait été appelée à statuer sur la question soulevée par une juridiction belge mettant en cause la validité de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, pour non respect du principe de légalité. Or, même si ladite décision-cadre ne visait pas à harmoniser les infractions pénales dont il s'agissait, en laissant ainsi à la seule compétence de chaque État membre la définition de ces infractions et de leurs sanctions, les États membres – précisera la Cour - doivent néanmoins, dans le cadre de l'exercice de cette compétence nationale autonome, respecter les droits et les principes fondamentaux tels que consacrés par l'article 6 du TUE (*cf.* point n°53); et pour ensuite juger que le mandat d'arrêt européen était conforme au dit principe de légalité.

proportionnalité des délits et des peines (article 49 suivant) font partie intégrante, en tant que dispositions ayant la même valeur juridique que les dispositions des Traités, de l'ordre juridique de l'Union et, en particulier, de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, en tant que domaine qui s'adresse par définition et en priorité aux citoyens (voir ci-après le chapitre III). Ces dispositions de droit primaire de la Charte ont, donc, en vertu de cette prérogative, une « *primauté horizontale* » par rapport à toutes les institutions concernées par l'adoption de la législation européenne de droit secondaire ainsi qu'une « *primauté verticale* » par rapport à leur application dans les ordres juridiques nationaux, toutes les fois qu'une règle européenne peut avoir un impact direct sur la solution d'une situation contentieuse nationale<sup>25</sup>. Ces dispositions du Traité de l'Union et de sa Charte des droits fondamentaux constituent en définitive, l'indispensable bloc normatif de la légalité pénale européenne, en ce qu'elles établissent – au sein de l'espace pénal européen – une étroite corrélation juridique entre les différents principes de garantie propres à la matière pénale, ceux de la légalité (*nullum crimen sine lege*), de la culpabilité et de la proportionnalité.

### **III – Le Traité de Lisbonne et le droit pénal : les aspects saillants portant à la création d'un espace unique européen et d'un droit pénal européen**

Le présent rapport se limitera à présenter quelque réflexion liée en particulier aux questions majeures soulevées par la législation, la jurisprudence et la doctrine plus récentes, à partir de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, lorsqu'elles portent plus spécifiquement sur la matière du droit pénal substantiel.

À cet égard, il convient tout d'abord de mettre en exergue un aspect – à mon avis – encore aujourd'hui peu considéré par les experts du secteur. En effet, le Traité de Lisbonne a significativement renforcé la dimension et le rôle de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, que le précédent texte de la Constitution pour l'Europe avait, en revanche, relativement peu valorisés (mise à part, bien évidemment, sa « communautarisation »).

Je me réfère à l'article 3, paragraphe 2, du Traité de l'Union. À la différence du libellé de l'ancien article 3 de la Constitution du Président Giscard d'Estaing, l'actuelle version de cet

---

<sup>25</sup> Dans son plan d'action mettant en oeuvre le Programme de Stockholm, la Commission annonce d'ailleurs clairement qu'elle appliquera « *la tolérance zéro à l'égard de toute violation* » des dispositions de la Charte (voir point n°2).

article, en fait, ne se limite pas à affirmer que « l'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures », mais ajoute à cette affirmation générale un dispositif important qui précise spécifiquement qu'au sein de cet espace « est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène »<sup>26</sup>.

Même si la doctrine spécialisée le cite à peine<sup>27</sup>, c'est précisément cet article qui constitue à mon sens le fondement principal, voire la pierre angulaire, de ce nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice post-Constitution, lui donnant *in concreto* la dimension d'un véritable « espace unique européen » (*uno et trino*, pour le dire avec l'expression de l'Église romaine)<sup>28</sup>. Cet article couvre de façon admirable l'ensemble des aspects juridiques qui caractérisent l'espace civique européen (à savoir les dispositions des articles 67 à 89 du TFUE), tant ceux relevant de la matière civile et pénale (le volet intérieur de l'espace), que ceux relevant des politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration (son le volet extérieur).

C'est ainsi que l'espace devient, dans sa triple composante, un « espace unique européen » : un espace non plus adressé exclusivement aux États membres de l'Union, comme l'étaient les correspondantes dispositions de l'ancien troisième pilier (dépourvues d'ailleurs, expressément, de tout « effet direct »), mais destiné principalement aux citoyens de l'Union, même si dans la plupart des cas par l'intermédiation de ces derniers (ceci, par exemple, n'est certainement pas le cas pour ce qui concerne le règlement *ex* article 86 du TFUE sur le statut du Parquet européen et la définition de crimes relevant de son action : un règlement qui, en tant que tel, est en effet directement applicable).

Ce renforcement significatif du rôle de l'espace est aussi confirmé par la position que les auteurs du Traité de Lisbonne (et donc les auteurs de la réforme du Traité giscardien) lui ont attribué dans l'ordre prioritaire des objectifs stratégiques que l'Union se doit de réaliser. À la

---

<sup>26</sup> À cet égard, il convient aussi de rappeler le libellé de l'avant-dernier considérant introductif au Traité de l'Union selon lequel l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice vise précisément « à faciliter la libre circulation des personnes, tout en assurant la sûreté et la sécurité de leurs peuples » (souligné par moi).

<sup>27</sup> Voir, en tant qu'exception, V. Mitsilegas, *Criminal law*, Hart Publishing, 2009, p.38, qui considère que cet article « implique a positive duty for the EU, but also a duty geared only to EU citizens (and not necessarily to third country nationals) ». En matière pénale, toutefois, les citoyens non européens sont en principe soumis aux mêmes règles européennes applicables aux citoyens de l'Union (voir, par exemple, le cas de la toute récente directive sur l'EPO, déjà citée, qui s'adresse à toute personne physique qui bénéficie, au sein de l'Union, d'une mesure de protection nationale).

<sup>28</sup> L'expression « espace unique » est d'ailleurs également utilisée par le Conseil européen, dans son Programme de Stockholm, au point 1.1.



différence du texte Constitutionnel, l'article 3 du TUE place en effet la réalisation de l'espace avant même l'établissement du marché intérieur et encore avant celui d'une union économique et monétaire dont la monnaie est l'euro.

Il s'agit donc d'une approche tout à fait nouvelle par rapport à celle de l'ancien troisième pilier et, encore précédemment, à celle, économique, du premier Traité de Rome. L'espace devient aujourd'hui le premier et véritable maillon de conjonction entre l'Union européenne et ses citoyens, un espace – surtout – étroitement lié au premier but que l'Union se doit de réaliser, celui « *de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples* » (article 3, paragraphe 1, TUE).

En particulier, la mention additionnelle, expressément prévue par cet article 3, («... *des mesures appropriées en matière de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène* ») signifie qu'il s'agit là d'une compétence spécifique de l'Union qui ne se limite pas, de façon instrumentale ou accessoire, à réaliser exclusivement les finalités de la meilleure coopération judiciaire possible (article 82 TFUE) ou du meilleur rapprochement des législations nationales pénales par rapport à des domaines ayant déjà fait l'objet de mesures d'harmonisation européenne (article 83, paragraphe 2, TFUE)<sup>29</sup>.

Il s'agit par contre d'une véritable compétence explicite, permettant aux institutions concernées de l'Union d'adopter des « *mesures appropriées* », étroitement liées non seulement à la réalisation de l'espace mais aussi à la réalisation de l'ensemble des objectifs stratégiques de l'Union, qui sont ceux, on vient de le dire, indiqués dans ce même article 3 du TUE, à savoir, dans l'ordre : l'espace, le marché intérieur, l'union économique et monétaire et les relations extérieures. La réalisation d'un espace unique européen constitue d'ailleurs la concrétisation des « *valeurs* » sur lesquelles l'Union se fonde : en particulier, pour ce qui a trait à la matière pénale, les valeurs « *de la dignité humaine* », « *de l'État de droit* », ainsi que « *du respect des droits de l'homme* » (article 2 du TUE).

Rentrent d'ailleurs dans le cadre de cette compétence pénale nouvelle, et la complètent, toutes les dispositions des articles 67 à 89 du TFUE.

---

<sup>29</sup> La Cour de Karlsruhe, en présentant les différentes compétences pénales de l'Union prévues aux articles 82 à 86 du TFUE, les qualifiera de « *annex competences* ». Cependant, il échoit de constater que nulle part, dans la partie de son arrêt relative à la matière pénale, la Cour allemande citera l'article 3, paragraphe 2 du TUE, ni commentera son contenu et sa portée par rapport à la réalisation d'un espace unique destiné à assurer – comme le disent les auteurs eux-mêmes des Traités – « *la sûreté et la sécurité* » de tous les citoyens de l'Union. (Voir, avant-dernier considérant introductif au TUE).

Sur le plan substantiel du droit pénal, assument par ailleurs une importance particulière les dispositions de l'article 83, paragraphe 1, du TFUE, concernant précisément l'établissement, on vient de le mentionner, de « *règles minimales* » européennes relatives à la définition des « *eurocrimes* » et des sanctions pénales correspondantes (« *eurosanctions* »).

Il s'agit-là d'une compétence quasi-liée, destinée précisément à combattre, sur des bases communes, des crimes particulièrement graves à l'échelle européenne, à savoir « *le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée* »<sup>30</sup>.

*Last [point] but not the least [one]*: dans ces circonstances, l'article 3, paragraphe 2, du TUE peut-il constituer la base juridique générale qui, en étroite connexion avec les pertinentes dispositions « *procédurales* » figurant dans les autres articles du TFUE prévus en la matière, peut justifier l'adoption de mesures européennes « *de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène* », telle que, par exemple, l'EPO ? En d'autres termes, lorsque certaines propositions législatives, en raison de leur but, de leur contenu et de leur champ d'application, ne rentrent pas seulement dans la « *matière pénale* », *stricto sensu* entendue, mais couvrent également d'autres secteurs du droit faisant toutefois pleinement partie de la dimension plus large de l'espace unique, peut-on valablement utiliser cet article du TUE comme base juridique complémentaire à celle qui relève spécifiquement de ladite matière ?<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Il convient aussi de souligner, à cet égard, que, conformément à l'alinéa 2, de ce paragraphe de l'article 83, « *en fonction des développements de la criminalité, le Conseil peut adopter une décision identifiant d'autres domaines de criminalité qui remplissent les critères visés au présent paragraphe. Il statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen.* » La liste que l'on vient de citer n'a donc pas un caractère exhaustif et peut en effet être élargie (mais apparemment pas réduite) par d'autres nouveaux cas d'incrimination, sans nécessairement procéder à une révision du Traité (même s'il serait en principe bien préférable, avant de créer des nouveaux eurocrimes, d'empêcher, préventivement, que la criminalité européenne se « *développe* » vers d'autres secteurs pouvant encore affecter l'espace de l'Union et son marché intérieur.

<sup>31</sup> Voir, au sujet du choix des bases juridiques « *espace pénal* » les observations de Henry Labayle, « *Judiciarisation et droits fondamentaux dans l'espace pénal européen* », contribution au VI Forum des juristes européens, Luxembourg, mai 2011, point B », qui évoque, en particulier, l'évolution que devrait connaître la jurisprudence classique de la Cour sur ce sujet, en raison surtout des nouvelles exigences de protection des droits fondamentaux introduites par le Traité de Lisbonne (voir aussi ci-après la note n°32).

## IV – La communautarisation du troisième pilier

### IV – 1. *Considérations générales*

La dénommée « *communautarisation* » du troisième pilier découle, certes, de l'abolition de la structure de l'Union divisée auparavant en trois piliers bien distincts. Un tel effet, cependant, n'est pas si automatique ou escompté comme on le croit couramment. L'ancien deuxième pilier, par exemple, celui de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et de la politique de sécurité et de défense commune (PESD), s'il a été, lui aussi, formellement aboli, apparaît en revanche, sur le plan substantiel et malgré l'évolution du rôle international de l'Union tracée par les nouvelles dispositions du Traité de Lisbonne, aussi intergouvernementale qu'auparavant et en tout cas pas « communautaire » ou presque<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Il y a lieu de rappeler, à cet égard, que malgré l'apparente communautarisation de ce deuxième pilier, la Cour de justice n'a toujours pas de compétences dans ces domaines, en vertu précisément de la disposition d'exclusion de l'article 24 TUE (par ailleurs – nous préviennent encore les juristes romains –, « *odiosa sunt restringenda* », ce qui signifie que cette disposition devrait être en tout cas strictement interprétée !). La seule, véritable exception à cette exclusion de la juridiction de la Cour est celle concernant le contrôle sur la légalité des décisions « PESC ou PESD » lorsqu'elles fixent des « *mesures restrictives* » à l'encontre des personnes physiques ou morales (voir article 275 TFUE). Dans ces conditions de large « *déficit juridictionnel* » qui encore perdurent, il ne faut pas non plus « désespérer » et croire que l'ancien cloisonnement entre piliers demeure encore aujourd'hui pleinement effectif, en dépit des changements considérables introduits par les Traités et la Charte. À cet égard, mérite d'être mentionné le contentieux, actuellement pendant devant la Cour de justice, dans l'affaire 130/10, *Parlement européen contre Conseil*. Cette affaire concerne, en effet, la détermination de la base juridique correcte pour l'adoption de décisions de l'Union établissant, dans le cadre de la prévention et de la lutte contre le terrorisme, de mesures restrictives, telles que le gel des fonds, des avoirs financiers ou des bénéfices économiques appartenant à des groupes terroristes. Le Conseil ayant adopté de telles mesures à l'encontre du groupe Al Qaida sur la base de l'article 215 TFUE, relevant précisément de la politique étrangère, le Parlement européen contestera pour sa part la légalité de cette décision, considérant que la base juridique correcte devait être, dans ce cas, l'article 75 TFUE, en matière d'espace de liberté, de sécurité et de justice. Cet article impose, pour l'adoption de ce type de mesures, la préalable définition, décidée en procédure législative ordinaire par le Parlement et le Conseil, d'un cadre juridique couvrant non seulement les différentes mesures administratives possibles, parmi lesquelles figurent exactement celles que l'on vient de citer, mais, en conséquence, aussi les critères pouvant justifier l'adoption de l'une de ces mesures plutôt que d'une autre. La Cour nous dira, donc, si et dans quelles conditions, des mesures restrictives (substantiellement d'ordre répressif) destinées à lutter, au sein du territoire géographique de l'Union *and within its domestic jurisdiction*, contre le terrorisme (peu importe la forme ou la capacité de l'action - internationale ou interne - de l'organisation criminelle qui le pratique) peuvent être décidées en dehors de tout cadre législatif européen fixant les critères de légalité et les modalités appropriés pour l'adoption de ce type de mesures. Ce cadre serait d'ailleurs, en tant qu'acte législatif de l'Union, soumis aussi au contrôle (direct et/ou incident) de la Cour de justice et/ou des juridictions nationales, en cas de contestation de ces mesures devant elles. (Dans ce contexte, il est aussi opportun de rappeler que, dans son plan d'action sur la mise en œuvre de l'espace européen tel que prévu par le Programme de Stockholm, la Commission affirma qu'en ce qui concerne la lutte contre le terrorisme, et afin d'assurer la sécurité intérieure de l'Europe dans le plein respect des droits fondamentaux et sur la base de la solidarité entre États membres, « *l'heure est venue d'évoluer l'approche adoptée par l'Union jusqu'à présent, qui a consisté à réagir aux événements inattendus et tragiques, souvent au cas par cas, et de tirer parti du nouveau dispositif institutionnel apporté par le Traité de Lisbonne, qui prévoit – je le souligne – une approche cohérente et pluridisciplinaire* » ; point 5. Voir aussi, dans le

En définitive, la communautarisation du troisième pilier ne se présente pas comme une conséquence automatique de l'abolition de l'ancienne structure de l'Union sous forme de temple grec à trois colonnes, mais plutôt comme un *processus en constante évolution*, civique et juridique, vers la réalisation d'un espace unique européen. En matière pénale, par exemple, une effective communautarisation de l'espace ne saurait être atteinte ni sans l'établissement effectif d'un Parquet européen, ni sans la création, sur la base de l'article 257 du TFUE, d'un Tribunal pénal de l'Union. Un Tribunal compétent, en premier lieu, pour contrôler la légalité des mesures prises par le Parquet avant que celui-ci renvoie en jugement, devant les juridictions nationales compétentes, « *les auteurs et complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union* » (article 86, paragraphe 2, TFUE). Un Tribunal, en outre, dont les modalités de coopération, avec la juridiction nationale saisie au fond devraient être également établies au préalable, et par rapport à tous les stades de la procédure.

Cependant, le Parquet européen est actuellement un organe *certus an, incertus quando*, alors qu'en ce qui concerne un Tribunal pénal de l'Union qui contrôle les actes de procédure du

---

cadre de cette affaire, les conclusions de l'Avocat général Yves Bot, du 31 janvier 2012 qui considère, en revanche, que « *bien que le Traité de Lisbonne ait fait disparaître la structure en piliers qui existait précédemment, l'exercice de délimitation entre les politiques de l'Union n'en reste pas moins nécessaire* », point 9).

D'autre part, mais toujours à propos de l'absence quasi-totale d'un contrôle juridictionnel de la part de la Cour de justice dans ces domaines « communautaires » de la PESC et de la PESD, curieuse apparaît l'affirmation selon laquelle l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH devrait permettre à la Cour de Strasbourg d'assurer le respect des droits garantis par cette Convention aussi sur les actes de l'Union adoptés précisément dans le cadre desdites politiques extérieures, où le contrôle de la part de la Cour de justice est en revanche exclu par les Traités. Or, l'ordre juridique de l'Union est fondé, entre autres valeurs, sur celle de l'État de droit et du respect des droits de l'homme (article 2 TUE). L'Union européenne devant être ainsi considérée, par rapport au principe de la protection juridictionnelle effective, comme un ordre juridique complet et autonome, aucun acte juridique de l'Union ne saurait être soumis au contrôle de légalité d'une autorité juridictionnelle extérieure sans avoir été préalablement soumis aux voies de recours internes (éventuellement à créer *ad hoc*) propres à l'ordre juridique de l'Union. « *La Communauté économique européenne – a dit la Cour de justice dans son arrêt du 23 avril 1986, affaire C-294/83, Les Verts, - est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la Charte constitutionnelle de base qui est le Traité* ». Or, après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, ce cadre constitutionnel de l'Union est composé non seulement par les deux Traités actuels, « *... qui ont la même valeur juridique* » [article 1 TFUE] mais également par les principes énoncés par la Charte des droits fondamentaux. Les actes juridiquement contraignants qui découlent des dispositions de ces deux Traités, doivent donc, en principe et du fait de la « communautarisation » des deux anciens piliers intergouvernementaux, répondre aux mêmes exigences de contrôle juridictionnel ainsi qu'aux mêmes conditions de procédure prévues à cet égard par les articles concernant la compétence de la Cour (voir, dans ce sens, l'avis de la Cour 1/09 du 8 mars 2011, déjà cité p.70). C'est peut-être aussi pour ces raisons que, encore avant la fin de l'année 2011, la délégation d'un grand État membre de l'Union a proposé, dans le cadre des travaux au sein du Conseil concernant le projet d'accord d'adhésion en question (Conseil, DS 1675/11 du 4.11.2011), que soient exclus du champ d'application de cet accord « *les actes, les mesures et les omissions basées sur le Titre V du TUE* » (dispositions générales PESC et PESD), dans la perspective précisément de ne pas les faire rentrer sous la juridiction de la Cour de Strasbourg. Dès lors, et si une telle clause devait être finalement introduite dans cet accord d'adhésion, y aura-t-il, pour le contrôle de ces actes, un juge à Luxembourg ?

Parquet on n'en parle même pas sauf, et avec une formule assez vague, au paragraphe 3 de l'article 86 du TFUE, là où il est dit que « *les règlements visés au paragraphe 1 [qui sont adoptés par le Conseil à l'unanimité après approbation du Parlement européen] fixent le statut du parquet européen, les conditions d'exercice de ses fonctions... et les règles applicables au contrôle juridictionnel des actes de procédure qu'il arrête dans l'exercice de ses fonctions »<sup>33</sup> (souligné par moi).*

Dans l'étude du Conseil d'État français, cité à la note de bas de page n°33, on envisage à cet égard un système de contrôle à deux niveaux : les actes du Parquet européen adoptés *avant* le renvoi en jugement devant la juridiction nationale compétente relèveraient du contrôle d'une juridiction *ad hoc* de l'Union, alors que le contrôle sur les actes adoptés *pendant* la phase procédurale devant la juridiction nationale concernée seraient en principe de la compétence de cette dernière, sans préjudice bien sûr de la compétence de la Cour de justice en matière préjudicielle. C'est une formule possible, mais, dans ce cas, il faudrait alors prévoir en même temps des dispositions *anti-conflit* entre les décisions de l'une et de l'autre de ces deux juridictions chargées de l'indispensable « tutelle » vis-à-vis de l'action du Parquet européen.

Aussi, la mise en place du Parquet européen se trouvant actuellement dans un état de quasi-léthargie, il y a lieu d'espérer que le Parlement européen décide de se rallier à la ligne récemment préconisée par l'Assemblée nationale française et que je viens de mentionner<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> En fait, *at the headquarters of the European Union*, l'incertitude quant à la mise en place du Parquet européen règne actuellement ... souverainement. Dans le Programme de Stockholm, qui couvre la période 2010-2014, on parle plutôt du « *renforcement d'Eurojust* », la création d'un Procureur européen étant seulement envisagé comme ultime possibilité. Si c'est dans ce sens qu'il faudrait interpréter la sibylline formule de l'article 86 TFUE qui prévoit que « *le Conseil peut instituer un Parquet européen à partir d'Eurojust* », alors il y a lieu de craindre que – malgré la bonne intention de la Commission de présenter en 2013 une Communication sur l'établissement de cet organe (voir son plan d'action p. 20) – le baptême du Procureur européen n'interviendra pas avant la fin d'un Programme de Stockholm *bis*, et encore ! Entre-temps, fort heureusement, les études universitaires à cet égard se poursuivent (voir, en particulier, « *Substantive Criminal law of the European Union* », Klip éd. Maklu, 2011, déjà cité, « *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona* », déjà cité, ainsi que « *Vertragsrechtliche und verfassungsrechtliche Grenzen des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon* », *Die Diskussion in Deutschland und Italien*, Juristische Fakultät, Verona, 16-17 September 2011). D'autre part, contre les hésitations des gouvernements des États membres quant à une proche mise en place du Parquet européen, un signe important et positif nous est arrivé récemment de la part de l'Assemblée nationale française. Par sa résolution du 14 août 2011, adoptée sur la base du rapport de sa commission pour les affaires européennes, cette Assemblée s'est exprimée clairement en faveur de la création, dans les meilleurs délais, d'un ministère public européen. Pour ce faire, les parlementaires français se sont appuyés sur l'excellente étude adoptée par le Conseil d'État français, le 24 février 2011, accomplie par un groupe de travail ad hoc présidé par Jacques Biancarelli, conseiller d'État délégué au droit européen, et publié dans le recueil « *la documentation française* », ([www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr)). Voir aussi, à cet égard, les contributions au IV Colloque organisé à Paris par l'Association des Magistrats de l'Union européenne, le 26 septembre 2011.

<sup>34</sup> Des raisons importantes poussent d'ailleurs dans ce sens. D'une part, on devrait considérer le fait que le contexte économique et monétaire très difficile dans lequel se trouvent actuellement une bonne partie des États membres de l'Union nécessite une protection accrue et unitaire des intérêts financiers de celle-ci ; d'autre part, la considérable intensification des différentes formes de criminalité transfrontière liée à ces moments économiquement difficiles, est

Et pourtant, cette léthargie ne signifie pas encore que les dispositions de l'article 86 du TFUE n'aient pas d'impact sur le processus de communautarisation du troisième pilier. Au contraire, comme on le verra dans le chapitre V ci-après concernant les nouvelles compétences de l'Union en matière pénale, le paragraphe 2 de cet article, qui confère au Conseil le pouvoir d'adopter un règlement de l'Union dans lequel soient déterminées les différentes infractions (et aussi les sanctions ?) européennes susceptibles de porter atteinte aux intérêts financiers de celle-ci, attribue sans équivoque à cette dernière une véritable compétence directe en matière pénale : certes dans un domaine restreint et spécifique, mais néanmoins d'importance majeure par rapport aux objectifs fixés par l'article 3, paragraphe 2, du TUE. En effet, en raison de son insertion claire dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union, cette nouvelle compétence est de nature à donner le juste éclairage interprétatif sur la nouvelle configuration post-Lisbonne de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, ainsi que des prérogatives qui ont été confiées aux institutions de l'Union afin de parachever la mise en place effective de ce dernier.

#### **IV – 2.        *Les conséquences et les effets de la communautarisation du troisième pilier dans la matière pénale***

La doctrine plus récente <sup>35</sup> attribue à la communautarisation du troisième pilier les conséquences majeures suivantes :

a) tout d'abord, l'application *quasi-ex lege* du principe de la primauté du droit de l'Union sur le droit national [incompatible] (voir, la Déclaration n°17 sur la primauté de ce droit, annexé à l'acte final de la Conférence qui a adopté le Traité de Lisbonne), avec tous les corollaires qui s'ensuivent, surtout en termes de succession des lois pénales nationales dans le temps;

b) toujours dans ce contexte de la primauté, l'application prioritaire et directe des dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, dans les limites et les conditions prévues par son article 51 (voir le paragraphe II-4 ci-dessus);

c) l'abolition définitive mais pas encore immédiate, du « *déficit juridictionnel* », qui hélas caractérisait en revanche l'ensemble de cet ancien pilier. La judiciarisation de l'espace – qui en

---

aussi un élément important de préoccupation, justement afin d'éviter une recrudescence de ces phénomènes. Une résolution du Parlement européen aurait l'effet de faire probablement revenir le Conseil européen sur la possibilité de relancer la mise en place du Parquet européen à une échéance qui ne soit pas celle des calendes grecques, en invitant ainsi la Commission à sortir un peu plus tôt de ses hésitations.

<sup>35</sup> Voir en particulier, V. Mitsilegas, déjà cité, p.39.

effet en ce qui concerne les actes adoptés avant l'entrée en vigueur du Traité ne deviendra effective qu'à partir du 1<sup>er</sup> décembre 2014, et ceci en application de la mesure transitoire figurant à l'article 10, du Protocole n° 36 du TFUE<sup>36</sup> – donne finalement à ce dernier la dimension qui correspond exactement à sa raison d'être ainsi qu'à la portée générale des principes de légalité et de la protection juridictionnelle effective. Si, en effet, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, les droits et les obligations issus des règles régissant l'espace unique entrent dans le patrimoine des droits individuels que chaque citoyen européen tient de l'ordre juridique de l'Union, il va de soi que la formulation et le respect de ces droits exigent qu'ils naissent sous l'égide du principe de légalité et qu'ils soient ensuite garantis par le contrôle d'un juge impartial et indépendant.

En termes pratiques, la judiciarisation de l'espace signifie que les actes européens correspondants sont désormais soumis au contrôle de légalité de la Cour, à celui indirect des procédures de renvoi préjudiciel en interprétation ou en invalidité et aux recours en manquement (Le contrôle sur la correcte mise en œuvre des directives qui remplacent les anciennes décisions-cadre ainsi que le plein respect de leurs dispositions applicables ne seront donc plus des vœux pieux)<sup>37</sup>;

d) la quatrième conséquence de la communautarisation du troisième pilier est l'utilisation de la procédure législative ordinaire, à savoir la procédure de codécision qui associe, sur un plan en principe paritaire, le Parlement européen et le Conseil en tant que co-législateurs.

L'extension de cette procédure aux actes législatifs relevant de l'espace n'est toutefois pas entièrement généralisée, et mérite par conséquent encore les quelques considérations suivantes.

#### **IV – 2.1. Les différentes procédures législatives de l'Union applicables en matière pénale**

Avec le Traité de Lisbonne, on l'a vu, l'Union se caractérise finalement par une claire séparation des pouvoirs, dans laquelle « la fonction législative » est exclusivement exercée par le Parlement européen et le Conseil (articles 14 et 16 TUE). Cependant, en matière pénale européenne, s'il est vrai qu'une bonne partie des actes législatifs pertinents – essentiellement des

---

<sup>36</sup> Il convient d'ailleurs de considérer que, ce délai du 1<sup>er</sup> décembre 2014 ne saurait être valablement prorogé ultérieurement, et ce en raison notamment du respect des principes de légalité, de protection juridictionnelle effective et de la sécurité juridique, découlant directement de la Charte.

<sup>37</sup> Voir, cependant la limitation prévue à l'article 276 TFUE en ce qui concerne le contrôle de « *la validité ou [de] la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre* » ou pour statuer sur « *les responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure* ».

directives – est effectivement adoptée en codécision par les deux branches de l’autorité législative européenne, il n’en reste pas moins qu’une autre partie de ces actes – aussi très importante et délicate de par son contenu et sa portée – est en revanche adoptée par une procédure législative spéciale, dans laquelle le Conseil vote à l’unanimité et le Parlement se limite, quant à lui, à donner « l’approbation ».

Or, si par rapport au rôle du Conseil en tant que co-législateur la différence entre ces deux procédures est significative (dans le deuxième cas le Conseil vote en effet à l’unanimité, ce qui en principe affaiblit l’effet utile de la « méthode communautaire », en renforçant en revanche la dimension de la « méthode intergouvernementale »), en ce qui concerne par contre le rôle du Parlement la différence entre ces deux procédures est, somme toute, relative.

Certes, la procédure d’approbation est une sorte de procédure législative « *take it or leave it* » qui donne en théorie au Parlement européen seulement un pouvoir négatif – celui de rejet de l’acte – sans la possibilité, par contre, d’amender et donc de modifier positivement le projet législatif qui lui est soumis. Dans la pratique législative courante, toutefois, le Parlement parvient assez souvent à faire introduire, dans le projet d’acte dont il s’agit, des amendements significatifs. Parfois, il y parvient, c’est vrai, par le biais d’un « avertissement » transmis au Conseil comme quoi si ce dernier refuse d’accepter ses amendements, l’acte en question ne sera pas adopté<sup>38</sup>. Quoiqu’il en soit, le droit d’approbation que le Traité de Lisbonne confère dans ce cas au Parlement européen<sup>39</sup> ne doit pas être considéré comme une « *deminutio capitis* » du rôle qu’il joue dans le cadre des travaux législatifs correspondant, et pas non plus comme un manque de suffisante légitimité démocratique de ces actes.

En effet :

1) en « matière pénale », le principe de légalité exige – aussi au niveau européen et par rapport aux caractéristiques propres à l’ordre juridique de l’Union – l’association la plus étroite, voire la responsabilité pleine de l’organe législatif, précisément vis-à-vis des citoyens de l’Union

---

<sup>38</sup> La pratique parlementaire veut aussi que, en cas de rejet de l’acte pour cause de « la fermeté » du Conseil à ne pas modifier le projet, ce dernier en assume en définitive « la responsabilité politique », lors du débat législatif correspondant qui se tient devant la plénière parlementaire. C’est, par exemple, *mutatis mutandis*, ce qui s’est passé aussi dans l’affaire SWIFT, quand le Parlement a imputé au Conseil, et à sa décision de ne pas vouloir modifier le texte du premier accord, la responsabilité négative du rejet dudit accord. Il faut également signaler que lorsqu’à parties renversées c’est le Conseil qui donne l’approbation sur un projet d’acte du Parlement, le Conseil emploie également la même pratique.

<sup>39</sup> Voir, en particulier, l’article 83, paragraphe 1, deuxième alinéa (augmentation du nombre des eurocrimes à des nouveaux cas de figure) et l’article 86, paragraphe 1 (institution du Parquet européen) et paragraphe 2 (augmentation des crimes soumis à la compétence du Parquet).



qui sont en définitive les destinataires directs ou ultimes des normes pénales ainsi adoptées. Il convient d'ailleurs de rappeler que même dans le cadre de ces procédures législatives spéciales les Parlements nationaux doivent être ponctuellement appelés à exercer leur contrôle direct sur le respect des principes de subsidiarité, de proportionnalité et de l'*extrema ratio* sur les propositions législatives pertinentes (voir note de bas de page n°39).

En ce qui concerne l'ordre juridique européen, la Cour constitutionnelle allemande considère cependant que : « *the European Union lacks, even after the entry into force of the Treaty of Lisbon, a political decision-making body which has come into being by equal election of all citizens of the Union and which is able to uniformly represent the will of the people* ». Dans ce contexte, « *the European Parliament is not a body of representation of a sovereign European people* ». En effet, « *the democratic fundamental rule of the equality of opportunities of success (" one man, one vote ") only applies within a people, not in a supranational body of representation, which remains a representation of the peoples linked to each others by the Treaties, even if the citizenship of the Union is particularly emphasised now* ».

Certes, « *measured against requirements in a constitutional state* » – telle étant la prémisse à partir de laquelle la Cour de Karlsruhe développe son argument – ces conclusions pourraient théoriquement être partagées.

L'Union, cependant, est un ordre juridique de nouveau genre, qui n'a pas d'équivalent par rapport aux modèles étatiques du Vieux Continent. C'est donc par rapport aux éléments constitutifs et aux caractéristiques constitutionnelles qui lui sont propres qu'il faut apprécier la légitimité de ces actes et en particulier des normes pénales adoptées par l'Union. Une telle évaluation doit se faire en tenant compte en premier lieu du principe d'attribution qui régit les compétences de l'Union.

En vertu de ce principe le transfert des pouvoirs souverains des États membres vers les institutions de l'Union intervient *cum omni causa*, c'est-à-dire avec également la reconnaissance de la part de ces États membres que les institutions auxquels ces pouvoirs souverains ont été transférés – institutions qu'ils ont eux-mêmes créés – jouissent de la pleine légitimité et de la nécessaire « souveraineté » pour les exercer valablement. En définitive, ces pouvoirs législatifs qui naissent souverains dans leur «berceau» national, restent souverains aussi dans le chef des institutions de l'Union qui les exercent au nom de celle-ci et dans l'intérêt général de ses citoyens et des États membres. *Last but not least*, ces pouvoirs sont attribués à ces institutions également dans le respect des valeurs qui sont à la base des ordres constitutionnels de chaque État membre

(voir, en particulier, pour ce qui concerne l'espace, l'article 67, paragraphe 1, du TFUE et, sur un plan plus général, l'article 4, paragraphe 2, du TUE, qui, on peut le dire, consacre au niveau européen la théorie dite des « *contre-limites* », chère en particulier aux milieux constitutionnels allemands).

Or, c'est précisément dans cette perspective mais bien longtemps avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, que la Cour de justice, dans son arrêt Van Gend & Loos, avait affirmé que « *la Communauté constitue un nouvel ordre juridique... au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants* ». Ceci, dira encore la Cour, est confirmée en particulier « *par le préambule du Traité qui, au-delà des gouvernements, vise les peuples ... [et par le fait] que les ressortissants des États réunis dans la Communauté sont appelés à collaborer, par le truchement du Parlement européen ... au fonctionnement de cette Communauté* » ; et que l'exercice des « *droits souverains* » que les institutions communautaires détiennent « *affecte aussi bien les États membres que leurs citoyens* ».

Certes, tout au début, il n'a pas été facile de faire accepter l'affirmation de cette jurisprudence *copernicienne*. Mais désormais le principe de l'effet direct, avec celui de la primauté du droit communautaire, constituent les colonnes maîtresses de l'édifice constitutionnel de l'Union et font partie du patrimoine des droits inaliénables de tout citoyen européen<sup>40</sup>.

Après Lisbonne, on vient de le dire, les Traités fondateurs de l'Union ont attribué l'exercice de la fonction législative exclusivement à deux institutions, le Parlement européen et le Conseil, respectivement représentatives des citoyens de l'Union, le premier, et des États souverains, le deuxième. Par rapport à l'époque de l'arrêt Van Gend & Loos, le Parlement est devenu aujourd'hui le législateur directement élu par les citoyens européens et le Conseil est l'autre chambre législative de l'Union, celle représentant les États, soumise elle aussi à des règles législatives communautaires et non plus intergouvernementales<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Dans son avis 1/09, rendu le 8 mars 2011, donc presque deux ans après l'arrêt de la Cour de Karlsruhe sur le Traité de Lisbonne, la Cour de justice confirmera, aussi par rapport à ce nouveau cadre institutionnel, que « *les traités fondateurs de l'Union ont, à la différence des traités internationaux ordinaires, instauré un nouvel ordre juridique, doté d'institutions propres, au profit duquel les États ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants [...] Les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique de l'Union ainsi constitué sont, en particulier, sa primauté par rapport aux droits des États membres ainsi que l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes.* »

<sup>41</sup> La Cour constitutionnelle allemande a considéré, par contre que « *On the European level, the Council is not a second chamber as it would be in a federal state, but the representative body of masters of the Treaties* ». Cependant,

Dans aucun ordre juridique national du Continent, un acte législatif n'est issu de l'adoption conjointe de deux institutions ayant les prérogatives et le calibre du Parlement européen et du Conseil de l'Union, et qui dans cette matière particulière du droit pénal agissent, comme le précise expressément l'article 69 du TFUE, sous le contrôle que les Parlements nationaux exercent *ex ante* sur les projets législatifs (sous forme de consultation préalable) et *ex post* (sous forme d'un droit de recours autonome devant la Cour de justice) sur les actes législatifs une fois adoptés. Dans ces circonstances, la légitimité démocratique des institutions législatives de l'Union et des actes législatifs qu'elles adoptent ne saurait pas, à la lumière des nouvelles dispositions du Traité de Lisbonne, être encore mise en cause;

2) s'agissant d'une matière classée dans la catégorie des compétences partagées entre l'Union et les États membres, s'applique à l'espace unique européen la règle de l'article 2, paragraphe 2, du TFUE, en vertu de laquelle « *les États membres exercent leur compétence [seulement] dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne* ».

Il s'agit ici d'un énorme changement de perspective par rapport à l'approche intergouvernementale de l'ancien troisième pilier, dans lequel les États membres avaient en effet la priorité décisionnelle ainsi que la prérogative de l'initiative législative, « *le Conseil statuant à l'unanimité à l'initiative de tout État membre [un seul État membre pouvait donc exercer le droit d'initiative législative] ou de la Commission* » (article 34, paragraphe 2, TCE);

3) finalement, la communautarisation du troisième pilier n'implique pas seulement l'application, dans ce domaine, du principe de la primauté du droit de l'Union, mais comporte également l'application des principes *de l'effet direct*, aussi dans la matière législative pénale, tout comme du principe de la *coopération loyale* (article 4, paragraphe 3 du TUE).

En application de ce deuxième principe, « *les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union... et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union* »<sup>42</sup> (souligné par moi). Les législateurs nationaux en matière pénale ainsi que les

---

force est de constater que ces mêmes « *masters of the Treaties* » ont attribué expressément au Conseil le pouvoir d'exercer, conjointement avec le Parlement européen, la fonction législative de l'Union européenne (voir article 16 du TUE) et que, dans les domaines de compétence exclusive de celle-ci, les États membres en tant que tels n'ont plus le pouvoir d'intervenir, tout comme ils ne peuvent pas intervenir dans les domaines de compétence partagée, lorsque l'Union a déjà exercé sa compétence auparavant (article 2, paragraphes 1 et 2).

<sup>42</sup> En réalité, l'ancien article 34 TCE prévoyait, plus modestement, que dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale « *les États membres s'informent et se consultent mutuellement au sein du Conseil en vue*

juges appelés à appliquer ce droit sont donc encore une fois bien avisés, lorsqu'ils interviennent chacun en raison de ses prérogatives, dans des domaines ou sur des questions susceptibles d'affecter la réalisation de l'espace unique<sup>43</sup>.

En revanche, en ce qui concerne le principe de l'effet direct en matière pénale, il convient de faire encore certaines considérations spécifiques, car comme le précisait expressément l'ancien Traité CE, les anciennes décisions-cadre ne pouvaient pas « *entraîner d'effet direct* » (article 34, paragraphe 2, b), TCE).

#### IV – 2.2. Le principe de l'effet direct en matière pénale

La question est donc aujourd'hui la suivante : les décisions-cadre ayant été remplacées dans la plupart des cas par des directives – dont le non respect permet finalement à la Commission d'activer la procédure en manquement et de saisir le cas échéant la Cour de justice – et l'article 34 du TCE ayant été entre-temps aboli, les dispositions pénales post-Lisbonne peuvent-elles avoir un effet direct, c'est-à-dire créer dans le chef des citoyens de l'Union des droits et des obligations que les juges nationaux sont tenus de respecter et faire respecter ?

La doctrine répond, en général, par la négative : « *without a provision in national criminal law a provision from a directive – a été observé – may not form the basis on which criminal liability is founded* »<sup>44</sup>. En d'autres termes, « *une directive – avait affirmé la Cour de justice avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne – par elle-même et indépendamment d'une loi interne d'un État membre prise pour son application, ne peut pas avoir comme effet de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale des prévenus* »<sup>45</sup>. Une conclusion, bien sûr, pleinement conséquente car elle n'était que

---

*de coordonner leur action. Ils instituent à cet effet une collaboration entre les services compétents de leurs administrations* ». Voir, en revanche, dans le sens d'une pleine application de l'ancien article 10 TCE, aussi en matière de coopération policière et judiciaire en matière pénale, l'arrêt de la Cour du 16 juin 2005, *Pupino*, point 42.

<sup>43</sup> Dans l'avis 1/09 du 8 mars 2011, déjà cite, la Cour de justice rappellera encore, à cet égard, qu' « *il incombe aux États membres, notamment en vertu du principe de coopération loyale, d'assurer, sur leur territoire respectif, l'application et le respect du droit de l'Union [...]. De plus, en vertu du deuxième alinéa de cette même disposition, les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union.* »

<sup>44</sup> André Klip, « *Towards a general part of criminal law for the European Union* », dans « *Substantive Criminal Law of the European Union* », déjà cité, p.24. Pour la jurisprudence de la Cour précédant le Traité de Lisbonne, voir arrêt *Pupino*, déjà cité, point 45.

<sup>45</sup> Voir, arrêt du 3 mai 2005, affaires jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, *Berlusconi e.a.*, point 78, et la jurisprudence citée à cet égard.

l'exacte application des principes de légalité et de la sécurité juridique par rapport au cadre juridique de l'époque.

Or, le Traité de Lisbonne apporte-t-il une nouvelle géométrie juridique à cet égard ou des horizons nouveaux ?

Comme on vient de l'observer, la disposition de l'article 83, paragraphe 1, du TFUE diffère sensiblement de celle de son paragraphe 2 suivant. Les directives adoptées sur cette base spécifique, dans la mesure où elles définissent directement les éléments constitutifs des crimes européens (et ne déterminent donc pas ni n'aggravent, une responsabilité pénale nationale), fixent, *in concreto*, des règles impératives qui ne laissent, de par leur caractère précisément « *constitutif* », aucune marge de discrétion aux États membres, sous peine par ces derniers de contrevenir – dans le cas contraire – aux principes de la « légalité européenne » (*nullum crimen europaeum sine lege europea certa* : voir, *infra*), de la sécurité juridique ainsi que de la primauté de cette *lex europea certa* et de la coopération loyale.

D'autre part, l'éventuelle non transposition en droit national de ces directives spéciales (qu'on peut aussi appeler directives « *espace en matière pénale* ») ne pourrait pas rester sans aucune incidence dans l'ordre juridique de l'État en manquement (comme c'était le cas des décisions-cadre du troisième pilier), précisément en raison du fait que les « règles maximales » et impératives qu'elles établissent sont claires, inconditionnées et, dans ces conditions, juridiquement contraignantes.

En définitive, ces directives, en raison de leur contenu et de leurs caractéristiques spécifiques, ne sauraient pas être considérées, en cas de non transposition, comme de « *non existing directives* », ou une sorte de directives « *blanches* », placées dans un « *limbo stérilisateur* » aussi longtemps que l'État concerné ne décide pas de les transposer. Ces directives ne sont plus des décisions-cadre.

À cet égard, on ne saurait non plus se contenter de l'éventuel « effet indirect » de ces directives, découlant de la jurisprudence « *Pupino* » (une jurisprudence établie d'ailleurs par rapport à une décision-cadre), en vertu de laquelle le juge pénal national serait tenu, dans toute la mesure du possible, d'interpréter la loi nationale en conformité avec les dispositions de la directive pertinente, sans pour autant parvenir à une interprétation *contra legem* de son droit national applicable (conclusion qui, dans le contexte juridique de l'époque du troisième pilier

s'explique précisément en vertu de la primauté, appliquée *a contrario*, du principe de légalité interne, propre à chaque ordre juridique national).

En fait, de deux choses l'une : soit une directive « *espace en matière pénale* » ex article 83, paragraphe 1, du TFUE, non transposée dans les délais, ne produit aucun effet et alors ses règles minimales/maximales - mêmes claires et inconditionnées - ne pourront pas constituer la base juridique appropriée pour pouvoir légalement incriminer et sanctionner comme coupable d'un eurocrime la personne imputée du comportement correspondant<sup>46</sup>; soit ladite directive, non transposée, produit quand même des effets juridiques dès lors que ses dispositions « incriminatrices et sanctionnatoires » sont claires, complètes et inconditionnées, et à condition bien entendu qu'elle ait été aussi adoptée avec toutes les garanties législatives de rédaction et de publication propres à cette catégorie spécifique de directives, à savoir les garanties que l'on vient de mentionner au paragraphe II-3.1. ci-dessus. Si tel est le cas, les différentes autorités nationales compétentes (la police, le procureur ou le juge) ne seront-elles alors tenues d'observer et faire observer, les « *règles minimales* » contenues dans la directive non transposée en question (ex article 83, paragraphe 1 du TFUE) et portant précisément la définition des délits et des peines européens dont il s'agit ?<sup>47</sup>

#### **IV – 2.3. Les aspects limitant la communautarisation du troisième pilier. Le « frein de secours »**

La communautarisation « dynamique » de l'ancien troisième pilier, lancée et mise en route par le Traité de Lisbonne, n'a pas été accordée, toutefois, sans le « paiement » de contreparties importantes, ce que V. Mitsilegas a appelé justement « *the Member's States sovereignty concerns* » de l'actuel espace<sup>48</sup>. Le principal de ces soucis, mais aussi le plus

---

<sup>46</sup> Et dans ce cas, donc, le juge national ne pourra utiliser que la norme pénale nationale correspondante et, de ce fait, il ne pourra pas non plus prendre en compte la composante transfrontière du comportement en cause, et par conséquent son caractère « *particulièrement grave* », sauf si la disposition pénale interne prévoit déjà ce type d'aggravation. Ce comportement « anti-européen » sera en définitive jugé et sanctionné seulement dans sa dimension et sa portée nationales.

<sup>47</sup> « *La Cour a également jugé que serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle, même temporaire, à la pleine efficacité des normes communautaires.* », voir arrêt du 19 juin 1990, *Factortame*, point 20.

<sup>48</sup> Voir, « *EU Criminal Law* », déjà cité, p. 41

mystérieux, est celui dit du « *frein de secours* ». Cette clause permet en effet à un seul État membre d'interrompre le processus législatif en cours, en faisant valoir que « *le projet de directive [en cause] porterait atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale* ». <sup>49</sup>

Il s'agit là, en quelque sorte, de la version « *Lisbonne* » de l'ancien compromis de Luxembourg qui en 1966 avait permis à la Communauté de sortir de la fameuse crise de la «chaise vide», ouverte par la France du Général de Gaulle pour protester visiblement contre les décisions prises à Bruxelles en matière agricole. La chaise du représentant français au sein du Conseil restant vide, l'adoption à l'unanimité des actes communautaires – à l'époque encore la règle - était inévitablement suspendue, voire bloquée.

Le nouveau «frein» post-Lisbonne est en revanche spécifiquement et exclusivement appliqué à l'espace<sup>50</sup>. Et ceci malgré le fait que dans ce domaine on est passé de la règle de l'unanimité – protectrice de l'intérêt politique majeur de chaque État membre et propre à l'ancien troisième pilier – à celle communautaire de la majorité qualifiée, moyennant de surcroît l'utilisation ordinaire de la procédure législative en codécision. Certes, on pourrait aussi dire l'inverse : que c'est précisément pour faciliter l'abandon de l'unanimité en faveur de la majorité qualifiée, qu'on a « *dû* » accepter le compromis d'installer, dans le véhicule *ordinaire* de la procédure de codécision, ledit frein de secours. Quoiqu'il en soit, même si la méthode communautaire des petits pas, chère à Jean Monnet, oblige quelquefois d'accepter des lourds compromis permettant néanmoins d'avancer dans la bonne direction, lorsqu'on légifère en matière pénale – aussi bien au niveau national qu'au niveau européen – on est impérativement

---

<sup>49</sup> Il convient de noter que dans ce cas, même si le Conseil vote à la majorité qualifiée, **un seul État membre** peut demander au Conseil européen de suspendre la procédure législative en cause. En revanche, pour actionner le frein de secours dans le cadre de la procédure législative spéciale portant l'adoption du règlement instituant le Parquet européen et/ou concernant la définition des délits dont ce dernier serait compétent, l'article 86, paragraphe 1, premier alinéa, dispose qu'« *en l'absence d'unanimité, un groupe d'au moins neuf États membres peut demander [apparemment sans aucune motivation particulière relative à une possible atteinte à leur système de justice pénal] que le Conseil européen soit saisi du projet de règlement.* » Je n'ai pas trouvé d'explications précises au sujet de cette différence, entre les deux régimes en question, quant au nombre d'États légitimés à actionner le frein de secours. Or, malgré le considérable écart entre un seul État et neuf (ce qui donnerait à première vue l'impression que l'utilisation du frein serait dans le deuxième cas beaucoup plus difficile) la diffuse circonspection qui entoure actuellement la possible « mutation » d'Eurojust vers un Parquet européen, permet de penser que dans ce cas il sera plus facile (et utile) d'actionner à neuf le frein de secours, qu'apporter en revanche la preuve du bien-fondé de son utilisation par un seul État membre dans le cas de l'adoption de directives *ex* article 83, paragraphe 1 ou 2. On notera, d'autre part, que dans l'un comme dans l'autre cas, pour passer – après « le coup de frein » – à la vitesse supérieure de la coopération renforcée, il faut, de toute façon, qu'au moins neuf États membres le décident.

<sup>50</sup> À vrai dire, un mécanisme semblable existe aussi en matière de sécurité sociale (voir article 48, TFUE), mais avec des conditions d'utilisation plus strictes et sans la possibilité d'une coopération renforcée, en cas de désaccord au sein du Conseil européen.

soumis au respect des conditions découlant des principes de légalité, de représentativité démocratique, de transparence et de sécurité juridique, propres à ce domaine du droit.

Or, face à ces conditions découlant directement du principe de l'*État du droit*, la première constatation que l'on doit faire à ce sujet est que ledit frein de secours s'applique dans un domaine – l'espace de liberté, de sécurité et de justice – dans lequel les pertinentes décisions des institutions – même si parfois très difficiles à adopter en raison de la sensibilité élevée de la matière en cause – doivent néanmoins être prises « *aussi ouvertement et aussi près que possible des citoyens* », qui en sont en définitive les ultimes destinataires (voir article 10, paragraphe 3 du TUE). Par contre, ce système du « frein » ou plus exactement de la « sortie de secours », inspiré plutôt de l'Europe des Patries que de celle des citoyens, permet précisément de « *dévier* » le projet de directive en cause de son chemin législatif ordinaire pour le faire monter au niveau, non plus législatif, des chefs d'État et de gouvernement (voir article 15 du TUE aux termes duquel le Conseil européen « *n'exerce pas de fonction législative* »).

Ainsi, une fois entré dans les salles austères et « impénétrables » du Conseil européen, le dossier en question perd inévitablement toute sa lisibilité législative et sa transparente proximité auprès des citoyens de l'Union<sup>51</sup>.

Deuxième constatation : contre cette sorte d'« *exception de secours* », qu'un seul État membre peut unilatéralement soulever dans le cadre d'un processus législatif ordinaire, l'autre branche de l'autorité législative, c'est-à-dire le Parlement européen, n'a aucune possibilité de réagir, sauf par le biais d'une éventuelle résolution non législative d'urgence<sup>52</sup>. Et *quid* de l'éventuelle position du Parlement national de l'État concerné (et de celle des autres Parlements nationaux) dans le cas où il ait (où ils aient) considéré, en vertu de l'article 69 du TFUE, que le projet de directive en question respectait pleinement le principe de subsidiarité, de proportionnalité et de l'« *extrema ratio* » ?

---

<sup>51</sup> En ce qui concerne d'ailleurs les contraintes découlant du principe de la transparence dans le processus législatif européen, notamment vis-à-vis des actuelles prérogatives législatives du Conseil, le Tribunal de l'Union, dans son arrêt du 22 mars 2011, affaire T-233/09, *Access Info Europe*, a affirmé ce qui suit: « *l'accès du public à l'intégralité du contenu des documents du Conseil, y compris en l'espèce à l'identité des auteurs des différentes propositions [et amendements législatifs] constitue le principe, surtout dans le cadre d'une procédure où les institutions agissent en qualité de législateur, et les exceptions doivent être interprétées et appliquées strictement [...]. En effet, l'exercice par les citoyens de leurs droits démocratiques présuppose la possibilité de suivre en détail le processus décisionnel au sein des institutions participant aux procédures législatives et d'avoir accès à l'ensemble des informations pertinentes* ». Cet arrêt fait entre-temps l'objet d'un pourvoi introduit devant la Cour de justice par le Conseil.

<sup>52</sup> Et, dans ce contexte, la règle de l'égalité des prérogatives entre le Parlement européen et le Conseil dans l'exercice de la fonction législative apparaît fortement mise en cause.



Dans ces circonstances, on pourrait alors avoir une sympathie certaine pour l'opinion exprimée par le Professeur Giovanni Grasso qui a stigmatisé « *le frein de secours* » en question comme un instrument « *confus et complexe* », « *rarement efficace* » et qui « *bouleverse le processus législatif en cours* ». <sup>53</sup>.

Or, si ces critiques apparaissent justifiées, il n'en reste pas moins que ce mécanisme existe bel et bien et que, à la différence de ses prédécesseurs de Luxembourg et de Ioannina, il est de surcroît directement consacré dans le TFUE, au niveau donc du droit primaire de l'Union. Les choses étant ainsi, son mode de fonctionnement, cependant, n'apparaît pas si *user friendly* comme on pourrait le croire à première vue ou, pour continuer dans le cadre de cette expression rhétorique, n'apparaît pas si à portée de la main des « *pilotes* » qui se trouvent, pour le compte du Conseil, au volant du processus législatif.

En premier lieu, s'il suffit qu'un État membre, à lui seul, puisse interrompre le processus législatif en cours, encore faut-il que cet État donne au législateur – et donc aussi aux membres du Parlement européen et pas seulement à ceux du Conseil – les éléments suffisants pour permettre d'établir, *prima facie*, que le projet de directive, ou les amendements dont ce texte a fait l'objet jusque là, risquent effectivement de porter « *atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénal* ». Dans ce sens, l'avertissement de la part de l'État ou des États concerné(s) d'actionner le frein de secours au cours des négociations législatives avec le Parlement (ou au sein du Conseil), n'aurait pas non plus d'incidence, si il apparaissait « *prétentieux* » et en tout cas insuffisamment justifié.

D'autre part, l'effet suspensif de ce frein ne saurait pas non plus découler de façon *automatique*, par la simple annonce unilatérale de la part de l'État membre intéressé. Ne faudrait-il pas avoir une décision de suspension adoptée en bonne et due forme par le Conseil européen ? Le respect de l'équilibre institutionnel établi par les Traités ainsi que le respect du principe de la sécurité juridique semblent en effet l'exiger (notamment afin de permettre que le délai maximum de quatre mois de suspension soit calculé avec toute l'exactitude possible). Une telle décision du Conseil européen serait-elle alors, au sens de l'article 263 du TFUE, un acte (législatif ou à l'égard des tiers ?) susceptible d'un recours devant la Cour de justice ? <sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Voir « *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona* », déjà cité p.701.

<sup>54</sup> Voir, A. Klip « *Towards a general part ...* », déjà cité, p.27, qui laisse cependant cette question ouverte.

Il n'est pas nécessaire d'aborder ici ces aspects dans les détails car, ce qui mérite d'être considéré à ce stade, est en revanche la question de savoir si en cas de désaccord au sein du Conseil européen sur la poursuite de cette procédure législative<sup>55</sup> ce dernier, indépendamment de l'éventuelle initiative qu'au moins neuf États membres pourraient prendre afin d'instaurer entre eux une coopération renforcée, doit-il clôturer formellement la procédure législative en cours en notifiant cette décision au Parlement européen, au Conseil et à la Commission<sup>56</sup> ?

Cette décision du Conseil européen ne serait-elle pas l'acte finalement susceptible de recours devant la Cour de justice ? Si tel est le cas, il faudra qu'elle soit alors motivée de façon adéquate. En effet, s'agissant d'une décision clôturant définitivement une procédure législative substantiellement « avortée », quel est le niveau d'accès du Parlement européen, co-législateur, ou du citoyen à l'information concernant les causes ayant déterminées cet « avortement législatif » ? Et *quid* si le Conseil européen en revanche, n'adopte pas une telle décision de clôture ? La procédure législative reprend son chemin normal (voir note de bas de page n°56) ou en revanche l'article 265 du TFUE, sur la carence des institutions et ses conditions de procédure, serait-il applicable ?

En outre, en ce qui concerne la régularité du déroulement de la procédure législative ordinaire pertinente, ne doit-on pas aussi considérer que si la décision de suspension (ou de clôture) intervient *avant* la première lecture du Parlement (et donc encore au stade initial de la proposition législative), il en va autrement si la suspension (ou la clôture) est en revanche décidée *après* la deuxième lecture du Parlement, en raison par exemple de certains amendements adoptés à ce stade par ce dernier ?

---

<sup>55</sup> Ce désaccord doit-il d'ailleurs être préalablement et formellement constaté par le Président du Conseil européen ? Comment ? Par quelle procédure et par rapport à quel type de pondération ? Et enfin, comment faut-il interpréter la formule de l'article 83, paragraphe 3, premier alinéa selon laquelle « *dans le même délai* [de quatre mois], *en cas de désaccord et si au moins neuf États membres souhaitent instaurer une coopération renforcée...* » ? Le « *même délai* » signifie-t-il que la décision de clôture de la procédure législative et celle d'ouverture de la coopération renforcée sur la base du même projet de directive doivent intervenir effectivement en même temps ? Ainsi, dans ce cas et après l'approbation du Parlement européen (approbation à mon avis nécessaire car même si cette disposition prévoit que « *dans un tel cas, l'autorisation de procéder à une coopération renforcée... est réputée accordée...* », cet acte du Parlement européen reste néanmoins indispensable, principe de légalité oblige !), la procédure législative au sein de la coopération renforcée pourrait reprendre, dans un esprit d'économie et avec l'accord formel des co-législateurs, au stade où elle a été arrêtée.

<sup>56</sup> En effet, une clôture implicite ne serait pas envisageable sur le plan législatif, pour des raisons évidentes de transparence et de sécurité législative, sauf si on considère qu'en cas de dépassement du délai des quatre mois sans que le Conseil européen ait statué dans un sens ou dans l'autre, la procédure législative reprend automatiquement son cours ordinaire. Une alternative serait que la Commission retire la proposition législative, mais elle pourrait le faire seulement dans le cas où c'est elle qui l'a introduite.

Qu'en sera-t-il dans ce cas du délai de trois mois, au terme duquel le Conseil est censé statuer sur sa deuxième lecture (voir l'article 294, paragraphe 8 du TFUE)? Peut-on encore, à ce stade, légitimement utiliser le frein de secours et interrompre (ou bloquer) la procédure législative telle que régie par une autre disposition du Traité ? Et *quid* si tout cela arrive par contre – même s'il s'agit plutôt d'une hypothèse d'école – au stade du comité de conciliation qui lui, en revanche, a pour mission d'aboutir à un accord législatif « *dans un délai de six semaines* » ? Et si en revanche – avant la fin du délai de quatre mois – la suspension est « *révoquée* », car on a trouvé au sein du Conseil européen l'opportun « *consensus* » intergouvernemental ; est-ce que le texte faisant l'objet de ce consensus ou les conditions liées à ce consensus deviennent-elles « *obligatoires* » pour l'autre branche de l'autorité législative ?

Beaucoup de questions, en définitive, qui laissent présager (et espérer) que le frein en question puisse demeurer, législativement parlant, une lettre morte !<sup>57</sup>

## V – Les nouvelles compétences pénales de l'Union

Dans les chapitres qui précèdent on a déjà mentionné les dispositions spécifiques du Traité de Lisbonne qui établissent les nouvelles compétences en question ainsi que certains aspects problématiques concernant leur interprétation.

Quant à la nature et à l'étendue de ces compétences, plusieurs sont les questions qui peuvent cependant encore se poser :

- d'abord, dans les domaines concernant la définition (« *règles minimales* ») des *eurocrimes* ainsi que des sanctions pénales correspondantes (article 83, paragraphe 1 du TFUE), et

---

<sup>57</sup>De l'avis de la House of Lords, par contre, « *The introduction of an emergency brake is a noteworthy development which is of particular importance to Member States which do not have the right not to opt in to FSJ measures. Although it is unlikely to be frequently used in practice, it is likely to impact on negotiations in the Council through the possibility of its use* (ce qui heureusement n'a pas été le cas, par exemple, pendant les négociations de la directive EPO, malgré l'opposition initiale de plusieurs États membres et, comme on l'a vu aussi, de certains Parlements nationaux). *The emergency brake – continuent encore les Lords – is provided for in the Treaty itself and has the same legal value as any other Treaty provision. We consider the prospect of a challenge before the ECJ to a Member State's use of the emergency brake to be remote* ». *Remote*, on l'espère : mais si on suit la considération des Lords, un recours devant la Cour ne serait-il en tout état de cause juridiquement possible ? « *Is this assessment absolute – se demande aussi le Professeur Klip – or could the Court test whether the draft does in fact affect the fundamental aspects of a national criminal justice system ? This open question is most relevant. If it could, the Court would be in a position similar to that of a constitutional court. If the Court cannot apply an objective test... the mechanism results in a permanent veto by a Member State, which has the effect of blocking common Union legislation in the area.* » Mais, malgré tout, la réponse à cette question semble devoir être négative, s'agissant d'un acte d'un État membre, en principe non soumis au contrôle de légalité de la Cour de justice.

dans celui concernant le Statut du Parquet européen (article 86, paragraphes 1 et 2), l'Union a-t-elle une *compétence directe*, bien que limitée à ces deux domaines<sup>58</sup>, ou a-t-elle en revanche seulement une compétence *indirecte ou accessoire*, dans la mesure où ses actes, en tant que directives, exigent en tout cas que leur mise en œuvre soit nécessairement assurée par la correspondante législation pénale nationale qui, en tout cas, ne pourrait que reprendre à la lettre le texte des « *règles minimales* » européennes ?<sup>59</sup> (Mais *quid*, alors, par rapport au règlement prévu par l'article 86 du TFUE, qui est par contre directement applicable ?);

- l'Union – troisième possibilité – aurait-elle en revanche, une sorte de « *partial (in its impact on individuals, and so meaning a « non-full ») and « limited » (because of the covered area) competence ... in Criminal Law* »<sup>60</sup> ? (Théorie donc d'une compétence pénale européenne diversifiée selon les cas).

Le cadre du présent rapport ne permet pas de se pencher sur ces questions (pourtant fort intéressantes), ainsi que sur leurs différents tenants et aboutissants.

Qu'il soit en revanche permis de faire quelques considérations rapides sur les deux questions suivantes, néanmoins liées à celles qui précèdent : (A) quelle est la portée de l'article 86 du TFUE concernant le Parquet européen ? Ensuite (B), est-il nécessaire pour l'ordre juridique de l'Union, de se doter d'une partie générale de droit pénal ?

Au paragraphe IV-1 ci-dessus, j'ai déjà indiqué que, à mon avis, il s'agit en l'espèce (A) d'une compétence directe. La partie de la doctrine qui s'oppose à cette thèse se fonde, en premier lieu, sur les divergences linguistiques, certes surprenantes, qui caractérisent ces dispositions<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Dans ce sens, voir, en particulier, L. Picotti, « *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce de Trattato di Lisbona* », dans « *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona* », déjà cité, p.216.

<sup>59</sup> Voir, dans ce sens, A. Klip, « *European Criminal Law, an integrative approach* », Intersentia, 2<sup>nd</sup> edition, 2012 p. 470 qui considère que « *the area of freedom, security and justice – unlike the internal market – maintains borders [cependant je rappelle que l'article 3, paragraphe 2, du TUE parle précisément of « an area ... without internal frontiers »]. By and large, - observe encore le professeur Klip - Member States determine whether and where their national criminal law applies. A common European Criminal Justice area, which would directly determine the conduct that is criminal and enforce it itself, has not yet been proclaimed* ». Toutefois, *as far as the enforcement is concerned*, il convient d'observer que les normes législatives de l'Union à caractère contraignant ne sont pas exécutées directement par ses institutions, mais bien par l'intermédiaire des autorités nationales qui y sont tenues. Bien sûr, l'action du Parquet européen, qui recherche, poursuit et renvoie en jugement les auteurs et les complices des eurocrimes relève de la responsabilité de cet organe.

<sup>60</sup> Voir, R. Sicurella, « *Some reflections on the need for a general theory of the competence of the European Union in criminal law* », dans « *Substantive Criminal Law* », Klip ed., déjà cité, p.249.

<sup>61</sup> Voir, sur ce point, C. Sotis, « *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea* », dans, Cassazione penale, n°3, 2010, p.343.

La version française du paragraphe 2 de cet article se lit en effet comme suit : « *Le Parquet est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement ... les auteurs et les complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, tels que déterminés par le règlement prévu au paragraphe 1* » (souligné par moi). Il est évident que, selon la lettre de ce libellé, le règlement « Parquet européen », ne peut que porter exclusivement sur la définition des « *intérêts financiers* » de l'Union et non pas sur la définition des différentes « *infractions* » que le Parquet européen devrait poursuivre. La définition de ces crimes resterait donc dans la compétence exclusive du législateur de chaque État membre.

La version espagnole est aussi libellée dans le même sens.

Par contre, dans la version anglaise (et aussi dans la version italienne) cette conclusion est moins évidente, le mot « *as determined* » (ou en italien « *quali definiti* ») pouvant se référer, indifféremment, tant au mot « *crimes* » (ou « *reati* ») qu'au mot « *financial interests* » (ou « *interessi finanziari* »).

Finalement, la version portugaise va, en revanche, exactement dans le sens inverse de la version française et espagnole. Elle prévoit en effet que le Parquet européen peut agir contre « *os autores e cúmplices das infracções lesivas [féminin] dos interesses financeiros [masculin] da União determinadas [féminin, qui se réfère donc forcément aux infractions] no regulamento a que se refere o nº1* ». La version allemande se lit aussi dans ce sens.

Or, par rapport à une disposition si importante du Traité, on ne peut qu'être franchement surpris par l'inadvertance des traducteurs de l'Union ainsi que des autres instances de contrôle intervenues suite à la rédaction du Traité Constitutionnel et du Traité de Lisbonne. Heureusement, ces manifestes divergences linguistiques semblent néanmoins se dissoudre à la lumière du libellé clair du paragraphe 4 suivant qui prévoit, aussi dans les autres versions linguistiques, ce qui suit : « *Le Conseil européen peut, simultanément ou ultérieurement, adopter une décision modifiant le paragraphe 1 afin d'étendre les attributions du Parquet européen à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière et modifiant en conséquence le paragraphe 2 en ce qui concerne les auteurs et les complices de crimes graves affectant plusieurs États membres* » (souligné par moi).

En effet, la cohérence veut qu'il s'agisse ici des mêmes eurocrimes énumérés à l'article 83, paragraphe 1, en matière précisément de criminalité européenne « *particulièrement grave* » et parmi lesquels il conviendra d'identifier ceux qui, surtout par rapport au critère de l'*extrema*

*ratio*, apparaissent à ce moment là comme susceptibles de rentrer dans les attributions du Parquet européen.

Plus important apparaît en tout cas le deuxième argument soulevé à cet égard par la doctrine en question. Même interprété dans le sens visé par les versions portugaise et allemande ainsi que par le texte de son paragraphe 4, le libellé de l'article 86, paragraphe 2, se limite, en tout état de cause, à la « *définition des infractions* » portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, et n'inclut nullement le pouvoir de définir aussi « *les sanctions* » correspondantes (même pas d'ailleurs sous forme de « *règles minimales* » comme il est en revanche prévu par l'article 83, paragraphe 1 du TFUE). Il devrait alors s'ensuivre que conformément à l'article 4 du TFUE « *toute compétence non attribuée à l'Union dans les Traités appartient aux États membres* ».

En d'autres termes, si dans ce cas spécifique le *jus puniendi* est resté intégralement et exclusivement dans la compétence des États membres, l'Union n'aurait en la matière qu'une compétence directe mais limitée, car relative seulement à la définition des crimes de nature financière et non pas également à la définition des sanctions correspondantes (c'est, en quelque sorte, la troisième thèse parmi celles que je viens d'indiquer).

Certes, le fait que le libellé de cet article 86, paragraphe 2, du TFUE, permet de concevoir une sorte de compétence partagée entre l'Union (compétente pour la définition des crimes) et les États membres (compétents pour la définition des sanctions) est en soi une possibilité tout à fait admissible et légitime. Ceci, toutefois, ne signifie pas encore que l'Union ne dispose nullement d'un *jus puniendi*, à savoir de la compétence de définir le *quantum* de sanctions pénales applicables aux délits qu'elle a elle-même le pouvoir/devoir de définir de façon autonome. Comme on l'a vu, une telle prérogative est en effet expressément attribuée à l'Union par les dispositions de l'article 83, paragraphe 1, du TFUE, en matière justement d'« eurocrimes », même si limitée à la seule définition des « *règles minimales* » des sanctions pénales correspondantes.

Aussi, comme cela a été également signalé dans l'étude du Conseil d'État français, déjà cité, (p.68) le « *principe d'équivalence semble impliquer que des sanctions relativement homogènes, si ce n'est parfaitement identiques, comme l'avaient proposé les auteurs du Corpus Juris, assortissent les incriminations relevant de la compétence du futur Parquet européen.*

*En effet, dès lors que le TFUE a prévu que le jugement sur le fond de l'action publique incomberait aux juridictions nationales et non à une juridiction spécialisée de l'UE, des disparités significatives dans le quantum des peines encourues au sein des différents États membres risqueraient de favoriser le recours à*

des conduites de « forum shopping », qui pourraient se manifester à un double titre : soit le Parquet européen pourrait être tenté de privilégier certaines juridictions de renvoi par rapport à d'autres, dans l'espoir de voir prononcer des peines plus importantes, soit les personnes poursuivies seraient enclines à contester leur renvoi devant les juridictions de certains États membres pour les mêmes motifs ».

C'est peut-être également pour ces raisons que l'article 325 du TFUE, en matière de lutte contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, prévoit que « Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, arrêtent, après consultation de la Cour des comptes, les mesures nécessaires dans les domaines de la prévention de la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et de la lutte contre cette fraude en vue d'offrir une protection effective et équivalente dans les États membres... » (souligné par moi).

Une telle disposition pourrait-elle donc être considérée comme le naturel complément de la disposition de l'article 86, paragraphe 2 du TFUE, dans la mesure où elle permettrait au législateur européen d'établir les critères minimaux de fixation des peines – pour précisément respecter le principe de l'équivalence auquel fait référence le Conseil d'État français – en laissant en revanche aux États membres la compétence pour déterminer le plafond maximal de celles-ci ?

Ces considérations m'amènent alors à aborder la deuxième question, sous (B), concernant le fait de savoir si l'ordre juridique de l'Union doit se doter aussi d'une partie générale de droit pénal.

Or, une des raisons pour ce faire découlerait précisément de la mise en place du Parquet européen. « *The eventual establishment of a European criminal justice system – affirme en particulier le Professeur Klip – with the competence of direct enforcement, in the sense that a European Public Prosecutor may prosecute before a European Criminal Court, requires drafting of a general part* ». <sup>62</sup>

En termes plus généraux, Madame le Professeur Sicurella considère que « *the decision of the EU for an effective harmonising intervention in some areas, aiming at realising an Area of Freedom, Security and Justice, cannot avoid to engage the European legislator in introducing some common rules on the general part. Any cross-reference to national systems would inevitably imply that the EU de-legitimizes its own choices of criminal policy* ». <sup>63</sup>

Ceci étant, au stade encore initial de l'intégration européenne en matière pénale dans lequel nous nous trouvons, les deux parties de ce droit peuvent – à mon sens – encore vivre et se développer de façon autonome, sans que l'évolution plus rapide de la partie spéciale exige

---

<sup>62</sup> Voir, « *Substantive Criminal Law* », Klip ed., déjà cité, p.32.

<sup>63</sup> Voir, « *Substantive Criminal Law* », Klip ed., déjà cité, p.249.

nécessairement l'établissement en même temps d'une partie générale. L'évolution du droit pénal européen, en effet, ne pourra que se dérouler, à la fois, sous l'impulsion « créatrice » du législateur européen (voir l'exemple la directive EPO), mais aussi dans le cadre de l'opportune action *prétorienne* de la Cour de justice et des juridictions nationales (en guise de ce qui fut le cas dans le droit pénal de l'ancienne Rome, où une partie générale n'interviendra que longtemps après les « *questiones perpetuae* » et les « *cognitio extra ordinem* » exercées par les juges romains)<sup>64</sup>. De ce fait, l'utilisation, éventuellement sur base prétorienne, de certaines catégories générales du droit pénal de chaque État membre, n'apparaît pas de nature à « *dé légitimer* » les choix législatifs faits en matière pénale par l'Union.

## VI – *Nullum crimen europaeum sine lege europea certa et sine iniuria europea*

Dans l'arrêt « *Intertanko* » du 3 juin 2008 (affaire C-308/06) la Cour de justice dira que « *le principe de légalité des délits et des peines [qui faisait à l'époque partie des principes généraux du droit se trouvant à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres] implique que les règles communautaires définissent clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale* ».

D'autre part, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux consacre, cette fois-ci formellement, ce même principe fondamental, en édictant à son article 49, que « *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou le droit international* ».

Ainsi, il ne peut pas y avoir encore des doutes quant à la pleine reconnaissance de ce principe au sein de l'ordre juridique de l'Union, en ce qu'il s'impose directement au législateur européen lorsqu'il légifère en matière pénale, mais il s'impose aussi au bénéfice des justiciables qui doivent pouvoir savoir préalablement quels actes et omissions visés par les règles pénales de

---

<sup>64</sup> Voir, U. Löhms, « *European Criminal law: Can a general part be developed through case law ?* » dans, « *Substantive Criminal law* », Klip ed., déjà cité, p.207, qui considère par contre que « *European Union Criminal Law only affects very specific issues of national criminal law. Therefore it can be assumed that the European Court of Justice has only a limited and fragmentary impact on the development of the general part of European criminal law.* ».



l'Union, dotées de la primauté et le cas échéant d'effet direct, sont de nature à engager leur responsabilité pénale.

On réplique cependant que les directives s'adressent aux États membres et non pas aux individus. Par conséquent, les directives ne peuvent pas, en matière pénale, être créatrices de délits et des peines sans l'indispensable intervention de la loi nationale de transposition, qui assure précisément, vis-à-vis des citoyens des ordres juridiques nationaux concernés, le respect du principe de légalité.

Or, à la lumière de l'ensemble de la jurisprudence de la Cour en matière d'effet direct et de la primauté du droit de l'Union (mais voir également, *supra*, les considérations figurant au paragraphe IV-2.2), cet argument n'apparaît pas si décisif, à condition que les dispositions pénales européennes soient édictées dans le respect du principe d'attribution et avec les garanties de démocratie représentative et de transparence législative propres à l'ordre juridique européen, et qui ont été mentionnées au paragraphe II – 3.1. ci-dessus. En ce qui concerne d'ailleurs les conditions de forme de ces actes, la Cour a aussi rappelé que le droit de l'Union s'oppose « à ce que les obligations contenues dans une réglementation communautaire qui n'a pas été publiée au Journal Officiel de l'Union européenne dans la langue d'un nouvel État membre, alors que cette langue est une langue officielle de l'Union européenne, puissent être imposées à des particuliers dans cet État, alors même que ces personnes auraient pu avoir connaissance de cette réglementation par d'autres moyens ». Et, ajoutera encore la Cour, ceci vaut en particulier dans le cas où les autorités compétentes de l'État membre concerné auraient pris, malgré le fait que ladite réglementation communautaire n'était pas encore opposable *erga omnes* par défaut d'une publication linguistiquement correcte dans le Journal Officiel de l'Union, des mesures administratives ou des décisions juridictionnelles internes, « notamment à caractère répressif ».<sup>65</sup>

Si donc le principe de légalité européen ne fait plus de doutes, moins évidente apparaît par contre la reconnaissance, au niveau européen, du principe « *nullum crimen europaeum sine ... iniuria europea* ».

Dans les termes certainement trop simples que je vais employer, le « *sine iniuria* » est un critère selon lequel il ne peut pas y avoir de crimes sans qu'il y ait eu au préalable l'identification de la valeur morale ou du bien juridique matériel méritant ou nécessitant d'être protégés par la loi. Ainsi, pour qu'une action humaine puisse être jugée matériellement anti-juridique (et donc

---

<sup>65</sup> Voir arrêt du 11 décembre 2007, affaire C-161/08, *Skoma-Lux*, point 73.

comme une infraction pénale) il faut qu'elle ait porté atteinte (*iniuria*), ou mis en danger, une valeur ou un bien juridique légalement protégés.

Or, déjà au niveau des traditions et systèmes juridiques des États membres de l'Union, ce principe semble connaître une raison d'être assez diversifiée, pouvant être tout simplement ignoré ou faire partie – au niveau constitutionnel – du plus large principe de légalité ou encore être reconnu au niveau de la jurisprudence constitutionnelle ou des juridictions pénales suprêmes.

Les Traités, tout en ne prévoyant pas de façon explicite ce principe (tout comme la Charte des droits fondamentaux d'ailleurs), semblent néanmoins en tenir compte indirectement : l'article 83, paragraphes 1 et 2 précise en effet que l'Union peut adopter des « *règles minimales* » en matière pénale, à condition qu'elles se réfèrent à « *des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes* » (article 83, paragraphe 1) ou à des domaines « *ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation* » européennes. (article 83, paragraphe 2). « *Or, afin d'établir la nécessité de règles minimales en matière de droit pénal, – affirmera la Commission dans sa Communication sur la politique de l'Union en matière pénale (déjà citée point 8) – , les institutions de l'UE doivent pouvoir s'appuyer sur des éléments de fait prouvant clairement la nature ou les effets transfrontières de l'infraction considérée ... C'est pourquoi l'UE a besoin d'obtenir des données statistiques des autorités nationales afin d'être en mesure d'apprécier la situation de fait* », méritant d'être protégé au niveau européen (souligné par moi). Et dans cette perspective, la Commission indique, d'ailleurs, déjà dans ladite Communication, certains domaines – hormis le secteur financier, la lutte contre la fraude et la protection de l'euro – pour lesquels le recours au droit pénal pourrait s'avérer indispensable, à savoir, dans l'ordre : *le transport routier, la protection des données, les règles douanières, la protection de l'environnement, la politique de la pêche et les politiques relatives au marché intérieur*. C'est donc l'éventuelle *iniuria* à ces valeurs ou biens juridiques qui devrait en définitive pouvoir justifier l'introduction d'éventuelles infractions pénales européennes.

## VII – Faut-il un nouvel arrêt Van Gend & Loos en matière d'espace unique européen ?

La communautarisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, on l'a vu, est un processus législatif et jurisprudentiel *in action*, alimenté en premier lieu, chaque jour, par l'impulsion venant des demandes des citoyens européens et des « juges communautaires » nationaux.

Il appartient à la Commission européenne et/ou aux États membres, dans le cadre de leurs prérogatives respectives, de traduire ces demandes citoyennes dans des propositions législatives correspondantes. Dûment examinées par les Parlements nationaux, sous l'angle du respect des principes d'attribution, de subsidiarité et de proportionnalité, ces propositions deviennent ensuite *leges europeas certas* seulement avec l'approbation conjointe du Parlement européen et du Conseil, en tant que co-législateurs.

Une fois devenues « lois » européennes (et dûment publiées dans le Journal Officiel de l'Union et dans ceux également des États membres), ces directives s'adressent en premier lieu et sans aucun doute aux États membres, mais une fois que le délai de transposition est expiré, elles s'adressent aussi aux citoyens et aux juges européens, dans les conditions fixées par le droit et la jurisprudence de l'Union.

Une bonne partie de la doctrine n'est toutefois pas de cet avis: « *While the internal market gives rights to the citizens of the European Union in the form of the five freedoms, the rights that are applicable in the area of freedom, security and justice are given to the Member States. Member States profit directly from greater flexibility with regard to all forms of international co-operation. Citizens, however, profit from the area of freedom, security and justice only in an indirect way, because, although it does offer them a high level of security, it does so in the absence of a direct and concrete right to make a claim.* »<sup>66</sup>

Et pourtant, comme nous avons pu le constater, depuis Lisbonne, le droit primaire qui régit l'espace de liberté, de sécurité et de justice a été considérablement modifié. La liberté fondamentale de circulation « *des personnes* », qui est une notion plus large et englobe aussi celle « *des travailleurs* » propre au marché intérieur, est désormais, dans l'espace unique européen, la liberté fondamentale de tout citoyen de l'Union et de toute personne qui y vit légitimement (voir l'article 3, paragraphe 2 du TUE).

---

<sup>66</sup> A. Klip, « *European Criminal Law* », Intersentia 2012, déjà cité, p.470.

La législation européenne secondaire adoptée après Lisbonne s'inscrit également dans ce nouveau cadre juridique.

La directive concernant « *the European Protection Order* » (EPO : voir, ci-dessus, le paragraphe II-2.), par exemple, qui s'applique « *essentiellement* » en matière pénale (selon la formule utilisée par le Conseil dans sa déclaration jointe à cette directive) donne précisément aux victimes de crimes particulièrement odieux, car perpétrés dans la « *privacy* » de leurs lieux domestiques ou familiaux, le droit de circuler librement – elles aussi – dans l'espace unique européen, tout en continuant de bénéficier, à leur demande, du même niveau de sécurité qui leur est garanti par leur État d'origine. Ce droit de circuler « sous la protection européenne » leur est conféré par les Traités moyennant une décision européenne (l'EPO) qui « *est émise* » par les autorités nationales compétentes, lorsque la demande de la personne concernée correspond aux conditions fixées par cette directive. Or, une fois le délai de transposition révolu, les autorités nationales compétentes et/ou les juges nationaux dûment saisi d'une demande de la victime ne doivent-ils, dans toute la mesure du possible, appliquer la directive EPO ? Et la victime, ou la victime potentielle, une fois obtenu l'ordre de protection, n'a-t-elle en tout cas le droit d'obtenir des autorités compétentes de l'État de destination la protection effective, à l'encontre de ces personnes qui peuvent mettre en danger sa « *sûreté et sa sécurité* », ou pour le dire encore mieux en anglais sa « *safety and security* » ?

Dans cette nouvelle perspective s'inscrivent aussi – même si elles sont relatives à des droits procéduraux – les directives post-Lisbonne sur le droit à l'interprétation et sur le droit à l'information dans le cadre des procédures pénales que je viens de rappeler (voir note de bas de page n°11).

Dès le début de l'histoire de la Communauté – nous le savons tous – la Cour de justice a eu un rôle décisif dans la définition des droits subjectifs que les particuliers – et pas seulement les travailleurs – peuvent tirer directement de l'ordre juridique communautaire. Avec l'arrêt Van Gend & Loos, elle a précisément affirmé que « *le droit communautaire* – et je cite ici une variante française différente de la version officielle et que je me permets de faire moi-même à partir de la traduction officielle italienne de cet arrêt – *indépendamment des règles émanant des États membres, de même qu'il impose des obligations dans le chef des particuliers, attribue à ce dernier des droits individuels ; que ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le Traité,*

*mais aussi comme contrepartie d'obligations précises que le Traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres ou aux institutions communautaires* »<sup>67</sup>.

Or, au vu aussi des incertitudes actuellement existantes au sein de certains milieux de la doctrine en matière pénale européenne et peut-être aussi auprès des juges nationaux, un nouvel arrêt Van Gend & Loos qui fixerait les principes et les conditions juridiques régissant les droits et les obligations de tout un chacun au sein de l'espace unique européen, notamment en matière pénale, ne serait-il pas souhaitable ?

Les avantages d'un tel arrêt seraient d'ailleurs nombreux.

D'abord, il pourrait permettre à la Cour d'affirmer clairement – dans le droit fil des attendus introductifs de l'ancien arrêt Van Gend & Loos – qu'en vertu du principe d'attribution, et donc des pouvoirs souverains que les États membres ont légitimement transférés aux institutions de l'Union dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, celles-ci sont compétentes, en coopération étroite avec les États membres et leurs Parlements nationaux, pour adopter, dans le respect des principes et des conditions pertinentes fixées par les Traités ainsi que dans le respect des droits fondamentaux figurant dans la Charte de l'Union, notamment les principes figurant aux articles 47 à 50 de celle-ci, des dispositions en matière pénale opposables *erga omnes* et que les juridictions nationales doivent respecter et faire respecter. Que sur le plan substantiel, les principes que la Charte établit dans cette matière constituent le bloc de légalité pénale du droit de l'Union. Que d'autre part, sur le plan formel, l'adoption de ces normes doit également se faire dans le respect des conditions de forme et de procédure propres à la légalité du droit pénal de l'Union.

---

<sup>67</sup> La version officielle française de ce passage de l'arrêt Van Gend & Loos est la suivante: « *le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique; que ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le Traité, mais aussi en raison d'obligations que le Traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires.* » La version italienne, quant à elle, se lit en revanche, comme suit: « *pertanto il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal trattato ai singoli, agli stati membri o alle istituzioni comunitarie* ». Or, l'importance de cette version italienne réside dans le fait que, très probablement, l'inspirateur de cette jurisprudence a été, en grande partie, le juge italien de cette époque, à savoir Monsieur Alberto Trabucchi. Voir, à cet égard, E. Perillo, « *Alberto Trabucchi, europeista: un tratto ancora poco conosciuto del grande civilista patavino* », dans, *Quaderni della Rivista di Diritto Civile*, n°14, Cedam ed. 2007.

Deuxièmement, pour affirmer que ladite compétence pénale de l'Union s'exerce dans le respect du principe énoncé à l'article 10 du TUE, aux termes duquel « *le fonctionnement de l'Union est fondé sur la démocratie représentative* », ce qui veut dire qu'au niveau de l'Union « *les citoyens sont directement représentés ... au [sein du] Parlement européen* », alors que « *les États membres sont représentés ... au Conseil par leurs gouvernements, eux-mêmes démocratiquement responsables, soit devant leurs parlements nationaux, soit devant leurs citoyens* ». Qu'une telle compétence pénale s'exerce en outre conformément au libellé de l'article 2, paragraphe 6 du TFUE, selon lequel « *l'étendue et les modalités d'exercice des compétences de l'Union sont déterminées [notamment pour ce qui concerne l'identification de la base juridique des actes correspondants] par les dispositions des Traités [le TUE tout comme le TFUE] relatives à chaque domaine* ».

Troisièmement, pour affirmer qu'en vertu du principe de la primauté du droit de l'Union, les dispositions législatives pénales issues de cet ordre juridique s'imposent sur les normes nationales incompatibles.

Quatrièmement, pour dire que dans ces conditions, le droit pénal européen, issu de sources qui ont été expressément attribuées à l'Union par ses États membres, constitue un système pénal de nouveau genre, *sui generis*, qui s'intègre, progressivement et harmonieusement, dans les systèmes juridiques de droit pénal propres à chaque État membre, ainsi que, dans toute la mesure du possible, dans leurs traditions juridiques.

Et finalement, un nouvel arrêt Van Gend & Loos pour les citoyens de l'Union. Pour confirmer que les pertinentes dispositions des Traités, à commencer par son article 3, paragraphe 2, du TUE, leur donnent effectivement le droit de bénéficier progressivement – car, pour reprendre l'expression de Robert Schuman, l'espace unique aussi – comme à l'époque la Communauté – ne se fait pas en un seul jour – d'un milieu social et économique européen sans frontières, au sein duquel ils ont le droit de circuler librement et protégés, par des standards appropriés de sûreté et de sécurité.

Prononcer un arrêt Van Gend & Loos en matière d'espace, de sécurité et de justice serait un défi courageux, comme ce fut le cas aussi lors du premier arrêt prononcé à l'aube du processus qui aurait conduit à l'établissement d'une union douanière et ensuite d'un marché intérieur, au sein duquel les citoyens de l'Union (tout comme toute autre personne qui y réside légitimement) circulent désormais tout à fait librement.

Ce serait en tout cas un défi correspondant parfaitement au rôle et aux prérogatives de la Cour de justice, la juridiction européenne qui se trouve non seulement au centre de cette « *communauté de droit* » qu'est l'Union, mais, depuis le nouveau Traité de Lisbonne, au cœur aussi d'un nouvel espace européen de liberté, de sécurité et de justice.